

الجزء الخامس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن
عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى
سنة ٨٦١ مع تكميلته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى
شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على
الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان
الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة
٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمه
الله ولفعنا بهم
آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام كمال الدين محمد بن محمود الباري
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المقي الشهير بسعدى
جلبي وسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تتبعه﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلابة الأولى في صدر الصحيفة
وبليه الثانى مفصلاً بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى
جلبي الأولى في صدر الهامش وبليه الثانى فليعلم

(مجل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر

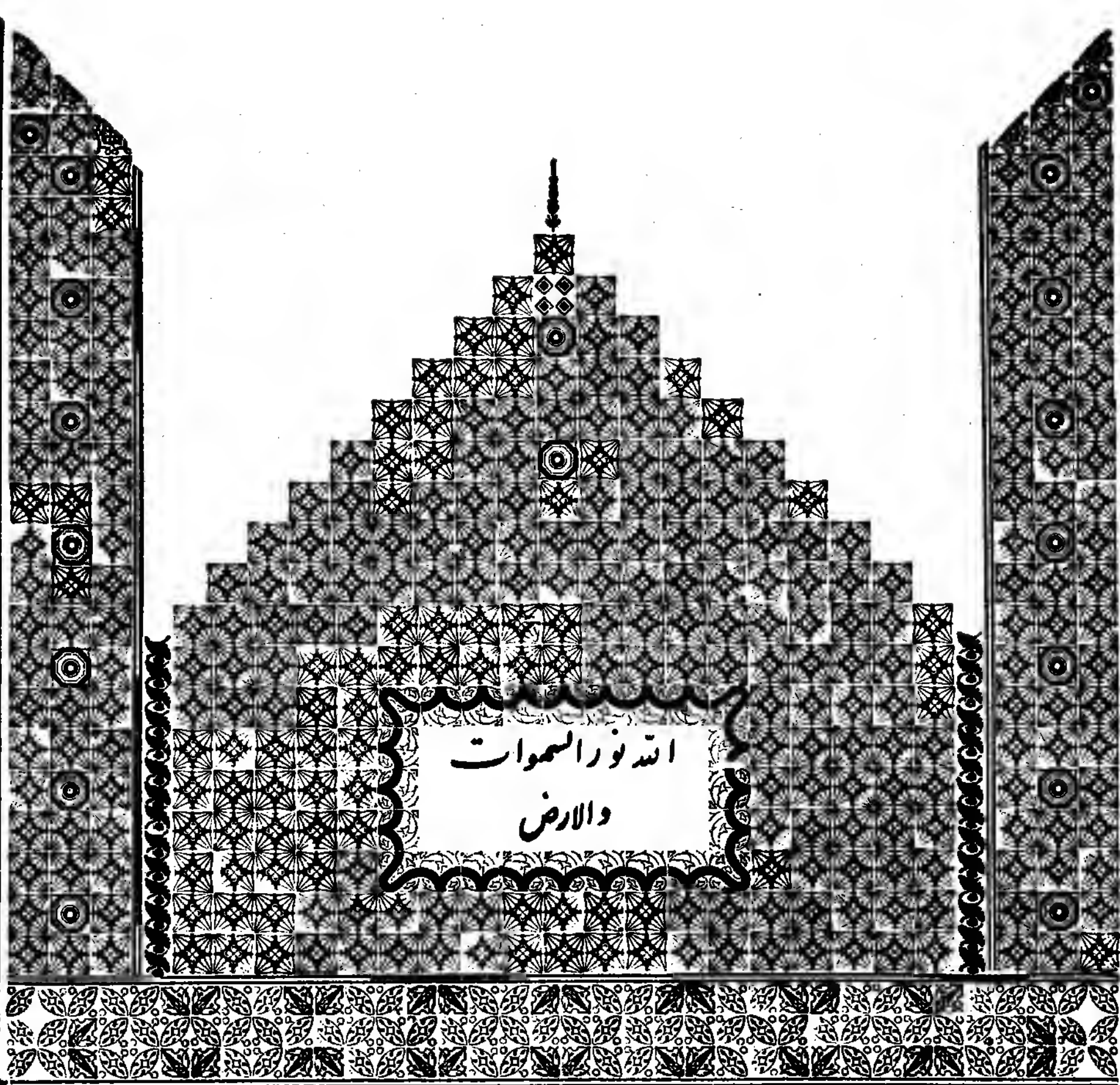
﴿الطبعة الأولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٦

هجريه

(بالقسم الادبى)



﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب الشركة﴾

﴿كتاب الشركة﴾

هو باسكان الراء في المعروف أورد الشركة عقيب المفقودات تناسبها بوجهين كون مال أحدهما أمانة في يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كاللومات مورثه وله وارث آخر والمفقود حتى وهـ هذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة فيهما وفي الآتي والاقبط واللفظة على اعتبار وجود مال مع الاقبط وانما قدم المفقود عليهما وأولاهما الباقي لشمول عرضية الهلاك كلاً من نفس المفقود والآتي وكان بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لأن المال على عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة ترجع إلى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيب بحيث لا يتميز أحدهما وما قيل أنه اختلاط النصيبين تساهل فإن الشركة اسم المصدر والمصدر الشركة مصدر شركت الرجل أشركه شركاً فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لأن الاشتراك فعلهما أيضاً مصدر اشتراك الرجلان افتعال من الشركة وبعدى إلى المال بحرف في فيقال اشتراك في المال أي حقاً الخلط فيه فالمال مشترك فيه أي تعلق به اشتراكهما أي خلطهما وركنهما في شركة العين اختلاطهما وفي شركة العقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لأنه سبب الخلط فاذا قبل شركة العقد

﴿كتاب الشركة﴾

مناسبة ترتيب الأبواب
المارة انسأقت إلى ههنا
على الوجوه المذكورة ولما
كان للشركة مناسبة خاصة
بالمفقود من حيث إن نصيب
المفقود من مال مورثه
مختلط بنصيب غيره كاختلاط
المالين في الشركة ذكرها
عقبيه وهي عبارة عن اختلاط
نصيبين فصاعداً بحيث
لا يعرف أحد النصيبين
من الآخر ثم سمى العقد
الخاص بهما وإن لم يوجد
اختلاط النصيبين لأن
العقد سبب له

﴿كتاب الشركة﴾

قوله وهي عبارة عن اختلاط
(نصيبين الخ) أقول فيه
تسأخ فان الاختلاط صفة
النصيب والشركة صفة
صاحب النصيب

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقرروهم عليه قال (الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه الشركة تحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهم رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

بالإضافة فهي إضافة بيانية (قوله الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وإن كثيرا من الخلطاء أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام إخبارا للخصم عن شريعته اذ ذلك فلا يلزم استقراره في شريعته وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريك في الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى وروى أحمد ابن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الإسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا بأخي وشريكى كان لا تدارى ولا تمارى يا سائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه أنه كثير الاضطراب فنهى من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة انما يصح إذا أراد الحجة في تعيين الشريك من كان أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثبت على كل حال قال ابراهيم الحارثي في كتابه غريب الحديث يدارى مهموز في الحديث أي يدافع ثم ايراد المشايخ هذا انما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقرروهم ومفيد الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانا خرجت من بينهما زاد رزين وجاءه الشيطان وضعفه القطان بجعله والد أبي حيان وهو سعيد بن أبي حيان عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن أبي حيان مرسلًا ورواه الدارقطني يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهم ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتها بما ثبتت من هذا الحديث ونحوه إذا توارث والتعامل بهما من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهما جرام متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه فلهذا لم يرد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الجمل من القدوري القصر فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتهم عينا أو ملكاها بالاستيلاء بأن استولى على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن اتفق كيساهما المتجاوران فاختلف ما فيه ما أو اختلط بخلطهما مغلط يمنع التمييز كالخطة بالخطة أو يتعسر كالخطة بالشعر ولو قال العين يملكها كان شاملا لأن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقبل مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا وإذا جاز به من عليه وقد يقال إن الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكرنا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئا كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المدين حصتك ولا يصح من المدين أن

والشركة جائزة لأن النبي عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقرروهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبر منكر وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه ظاهر

قال المصنف (شركة الأملاك العين) أقول أي شركة العين فالضاف مقدر قال المصنف (يرثها رجلان أو يشتريانها) أقول قوله يرثها صفة العين كما في قوله تعالى كمثل الجمار يحمل أسفارا

قوله ابن خثيم بضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر اه

خلط يمنع التمييز رأساً والابحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما ما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيئاً على أنه قضاء وآخر الآخر قالوا والخلطة في اختصاص الآخر أخذاً أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بأمره لأن كلاهما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمينها وكالة وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك) فيجوز بغير إذنه في جميع الصور إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الإبازن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهير بقوله أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشترى باحظة أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط لأن كل حصة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا بمخاطبة نصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك لا قدره على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب الزوال للملك عن المخلوط ماله إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد منع ثبوت الزوال من وجه فإن تمام السبب فيه هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجهه ولا كانت جميع المسببات ثابتة من وجهه قبل أسبابها وإيضاً فالزوال إلى الخلط عينا لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتباره زائلاً إلى الشريك الخلط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخلط فقط إذا باع من الأجنبي وانما قلنا إن تمام السبب التعدى لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وانما يبين به أي تعدى هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدى في خاطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول) ثم فسرها المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البرازية أو البقالية في العنان بأوفي كل مالى ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيلاً عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتى وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ولهذا لو دفع ألفاً إلى رجل وقال أخرج مثلها واشترها ما كان من ربح فهو يتناوب قبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة وينسب الأشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كيفية كتابتها فقال هذا ما اشتركت عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم بين قدر رأس مال كل منهما ويقول ذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعاً وشقي ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما إلا بالنصر بربح فلا تجوز عنه بكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من ضيعة أو تبعة فكذلك ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سبقت ذكره فإن كانا شرطاً متفاوتاً فيه كبناء كذا ويقول اشتركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كي لا يدعى أحدهما لنفسه حقاً فيما اشتراه الآخر قبل

وقوله (خلط يمنع التمييز رأساً كخلط الخلطة بالخلطة أو الابحرج كخلطها بالشعير وقوله (فإنه لا يجوز) يعني البيع (من الأجنبي) إلا بإذن شريكه وقوله (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب زوال الملك عن المخلوط إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى كان سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه على الشبهين

وقوله (قابلا للوكالة) احتراز عن الشركة في التكدى والاحتشاش والاحتطاب (٥) والاصطبا فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سعيه خاصا

لاعلى وجه الاشتراك أى شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما) فما يتحقق حكمه المطلوب منه أى من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في الاستفادة بالتجارة ولا يصير الاستفادة بالتجارة مشتركا بينهما الا ان يكون كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير الاستفادة مشتركا بينهما فصار كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي أربعة أوجه ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريك انما ان يذ كر المال في العقد أو لا فان ذ كر فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه ورجحه أو لا فان لم يذ كر فاما ان يشترط العمل فيما بينهما في مال الغير أو لا فالاول الصنائع

وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) فاما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما (لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفرض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

أى متساويين

هذا التلخيص (قوله) وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معولا للعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أى حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح ان لم يكن كل منهما وكيل عن صاحبه في النصف وأصلا في النصف الآخر لا يكون الاستفادة مشتركا كالاختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في التكدى والاحتطاب والاحتشاش والاصطبا فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب (قوله) ثم هي أى شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر ان العقد إما أن يذ كره مال أو لا وفي الذ كر إما أن تشترط المساواة في المال ورجحه ونصرفه ونفعه وضرره أو لا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والافه والعنان وفي عدم ذ كر المال (اما) أن يشترط العمل في مال الغير أو لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضى أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عনা ولا ليس كذلك كما سئذ كره فيما أتى فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخى حيث قالوا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسبأ في البيان ان شاء الله تعالى (قوله) فاما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهده ما يشترطه كانه وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفرض كل منهما الى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان القوضه الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوى في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذ هي من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء اذا غمر وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الاقواء الاودى

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعد

اذا تولى سراة الناس أمرهم * نحا على ذلك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده

تمدى الامور بأهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ امراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى لو كان فيه - ما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب الفصل اسم جمع له كركب في راكب والسرى فعيل جمع على فعله بالتحريك وأصله سرورته تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت الفاف صار سراة وأصل سرى سربو

والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين تحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بما على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهم ما يولاه الامتناع بعد عقد الشركة فكان ادواؤها حكما لابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتهاء (وقوله وذلك) أي تحقق المساواة (٦) في المال والمراد به ما نصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه

الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالاطلاق فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لا خروكتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله أوجب بأن العموم ليس بمرادها فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان نوكله بمجهول الجنس فلا يجوز

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما نصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملك الآخر فالتساوي وكذلك في الدين لما ثبت ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فافوضوا فانه أعظم للبركة اجتمعنا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسيأتي وجه المساواة (فلا بد من تحقق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فاجتمع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معني لان الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف المالم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما مصفة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللاخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية صححت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف وللاخر مائة دينار وقيمتهم ما ألف صححت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم وأتم بها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما نصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهم ادون العروض ولو كان لاحدهما اوديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صححت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملك الآخر فالتساوي وكذا في الدين لما ثبت عن قريب (قوله) وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمه الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحته وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيد غير ان لا يشترط التساوي في المالين وعن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قولهما وهو وجه (القياس) انها تضمنت الوكالة (بشراء) (مجهول الجنس) والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لا خروكتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء فلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهله الا خروكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان نوكله بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ما روى عنه صلى الله عليه وسلم) انه قال فافوضوا فانه أعظم للبركة أي ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاضتم

فاحسنوا

المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة) أقول قال في الكافي

وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذا لا تصديق بالتصور ورد هذا بان قوله لا أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وكذا الناس يعاملونهم من غير تكبر وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة (ولا تنعقد
الابلفظة المفاوضة) لبعده شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعبر هو
المعنى قال (فجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوى وان كان أحدهما كتابياً
والآخر مجوسياً تجوزاً أيضاً) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام
المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما - ما الا باذن المولى

فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً والله أعلم به ولا يثبت به حجة على
الخصم وانما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واختلاط البر بالشعب للبيت لا للبيع وفي
بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحارثي في كتاب غريب الحديث وضبطه
المعارضة بالعين والصادق يبيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا
بهم من غير تكبر وبه يترك القياس) لان التعامل كالأجاء ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط
التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن
ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لانها انما تثبت (تبعاً) والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح
مقصوداً (كما في المضاربة) فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم
الالزام وانتظم الكلام الكلي وهو قوله والجهالة متحملة تبعاً الجواب عن الزام الكفالة لمجهول وفصل
الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو
منعدها لان كل واحد انما يصير ضامناً عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند الزوم المضمون له والمضمون
بهم معلوم وكأن المصنف انما لم يرج عليه لانه لو صح صحة الكفالة لمجهول ابتداء لان عند الزوم
لا بد ان يتعين المكفول له فاكتمى بنى الزام بما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعاً لا فساد ولا يلزم من عدم
صحة الكفالة كذلك قصد عدم صحتها ضمناً وعلى هذا يمكن اثبات صحتها شرعاً أخذاً من هذا الجواب
هكذا انصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحتها والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول
يمنع اذا ثبت قصد ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصداً منعه اذا ثبت ضمناً فان قيل فمن أين اشتراط
المساواة في المال قلنا هذا أمر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان
متساويي الماين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان
عقدنا على الوجه الاول سميننا الشركة مفاوضة والاسمينناها عنانا غير اننا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت
الشرط المذكور بل علمنا اياه علماء على تمام المساواة في أمر الشركة فانما ذكرنا اثبات أحكامها اقامة اللفظ
مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكراهما لعدم تحقق رضاها بأحكامها الا أن يذكرا تمام معناها بان يقول
أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتهما في جميع ما أملاك من نقد وقدر ما تملك على وجه
التفويض العام من كل منالالاخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلامنا من على الاخر
ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتنقد بلفظ المفاوضة لبعده شرائطها عن فهم العوام حتى
لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعبر هو المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة
وبعض شرائطها منتف ان عقدت عنانا اذا لم يكن المنتقى من شروط العنان ويكون تعبيراً بالمفاوضة عن
العنان (قوله وان كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً) إن فيه للوصول وقوله (لما قلنا) أي
لتحقق التساوى اذا كفر كلهم - له واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ
تعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما - ما الا باذن المولى

(قوله والجهالة متحملة
تبعاً كما في المضاربة) يعني
الوكالة بمجهول الجنس
موجودة في المضاربة وهي
جائزة هنالك تبعاً فكذلك
ههنا ألا ترى ان شركة
العنان تصح وان تضمنت
ذلك لان ما يشترط به كل
واحد منهما غير مسمى عند
العقد فكذلك المفاوضة
وقوله (لان المعبر هو المعنى
دون اللفظ) بوضه ان
الكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط
ضمان الاصيل كفالة وقوله
(لما قلنا) اشارة الى قوله
لتحقق التساوى أي في
كونهم ما ذميين وقوله (ولا
تجوز) أي المفاوضة بين
الحر وبين المملوك ظاهر

واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوى في التصرف بالانفاقاوضة تصح بين الكناى والجوسى مع انهما لا يتساوىان في التصرف فان الجوسى يتصرف في الموقوذة لا اعتقاده المالبية فيها والكناى لا يتصرف فيها وكذلك الكناى يؤاجر نفسه للذبح دون الجوسى لان ذبحه لا يحل وكذلك تصح بين الحنفى والشافعى (٨) مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بأن عدم المساواة مبطل

للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من جعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكناى والجوسى فتتحقق المساواة وأما مؤاجرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكناى والجوسى من أهل ان يتقبل ذلك العمل على أن يقيم بنفسه أو بنائبه واجارة الجوسى للذبح صحيحة يستوجب بها الاجروان كان لا يحل ذبحه وأما مسألة الحنفى والشافعى فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عامد البس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفى والشافعى جميعا اثبتت ولاية الازام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف وقوله (ولابن الصبيى) يعنى وان أذن لهما أبوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما اليسامن أهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله (انهو) أى العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعنى قد يكون عامى أنواع التجارة وقد يكون فى نوع خاص منها والمفاوضة

والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولى قال (ولابن المسلم والكافر) وهذا قول أبو حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما فى الو كالة والكفالة ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها جائزة ويتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية الا انه يكره لان الذى لا يمتدى الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذى لو اشترى برأس المال خورا أو خنازير صرح ولو اشترى مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدین ولا بين الصبيین ولا بين المكاتبین) لانعدام صحة الكفالة وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك فى العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما

والصبي لا يملك الكفالة) أصلا ولو أذن له الولى (ولا يملك التصرف الا باذنه قال ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وجهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للتساوى بينهما فى صحة الو كالة والكفالة) وكون أحدهما هو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساوىهما فى أصل التصرف مباشرة وو كالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعى والحنفى فانها جائزة ويتفاوتان فى العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذى لا يمتدى الى الجائز من العقود ولا يجوز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم فى كل الحرام) وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز فى أعم من الاباحية بمعنى استواء الطرفين وهو مالا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفى الحكم عما بعد الا فيكون قد أخرج الكراهة التى يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فانما هو استدراك من الجواز فان طلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أى كونه مكروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رأوه بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى فى المتصل والمنقطع مخرج من حكم المصدر فالجار لم يحجى فى قولك جاؤا الاحارا فيقتضى اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذى لو اشترى برأس ماله خورا أو خنازير يصح ولو اشترى مسلم لا يصح) لكن بنى قول أبى يوسف كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى مع التفاوت فيما يملك ان لم يجب عنه وكذا بين الكناى والجوسى فان الجوسى يتصرف فى الموقوذة لانه يعتقد مالينها دون الكناى وكذا الكناى يؤاجر نفسه للذبح دون الجوسى وأجيب بأن من من جعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم فلا فصل بين الجوسى والكناى فتتحقق المساواة فى التصرف وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل من من أهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه أو بنائبه واجارة الجوسى نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الاجروان كان لا يحل ذبحه وأما الحنفى والشافعى فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الازام بالمحاجة ثابتة بانحداد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى وأما المسلم مع المرتد فلا يجوز الشركة بينهما فى قولهم هكذا ذكره الكرخى وذكر فى الاصل قياس قول أبى يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعنى ولو أذن وليهما لانهم ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدین والمكاتبین (قوله وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كالموقف بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عنانا وان عمما التصرف والمال وتساوى فيه لان عقد

شركة

عامة فيها الجازان يذ كر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم

(قوله على أن يقيم بنفسه أو بنائبه الخ) أقول فيه بحث فان المسلم أيضا من أهل أن يشتري الخمر والخمر بنائبه كما سيجي فى كتاب الو كالة وجوابه ان اجارة نفسه صحيحة دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل

(قوله وتتعقد على الوكالة والكفالة) أي تتعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما يبينه قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً على الكفالة وهو على معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما يشتره الآخر واليه أشار بقوله لتحقيق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً وقوله (لأن مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة وقوله (لما يبيننا) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله) فما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجراً في تجارتهم ما أودابه أو شيئاً من الأشياء فلم يؤثر أن يأخذ أيهما شاء لأن الأجرة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك أن استأجره لحاجة نفسه أو استأجره لغيره إلى مكة فيجوز عليها فلا مكارى أن يأخذ أيهما شاء إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى (٩) من مال الشركة رجع عليه بنصيب من المؤدى وأما في شركة العنان فلا يؤخذ

به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأها ارش مقدروا استخلفه خلف ثم أراد أن يستخلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لأن كل واحد منهم ما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلاً به إلا ترى أنه لو ثبت بالبينات أو بعناية السبب لم يكن على الشريك من موجب شيء ولا خصومة للجاني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة إذا ادعى على أحدهما وحلفه

قال (وتتعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فليحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما يبينه وأما الكفالة فليحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً قال (وما يشتره كل واحد منهما) يكون على الشركة الطعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الأدام لأن مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شترأ أحدهما كشرائه الآخر استثناء في الكتاب وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فإن الحاجة الرتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما يبيننا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الدين بدلا عما يصح فيه الاشتراك) فالآخر ضامن له تحقيقاً للمساواة فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

شركة العنان قد يكون عاماً كما يكون خاصاً بخلاف المفاوضة لا تكون إلا عامة (قوله وتتعقد) أي المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتره وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة) فليحقق غرض الشركة (قوله) (على ما يبينه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيحقق الاشتراك في الربح (وأما الكفالة) فليحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة (فما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما) بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارة (وما يشتره كل واحد منهما) يكون على الشركة الطعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وأدامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر عما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوط بها ذن شريكه فإنه يختص به على ما سألني في آخر الشركة إن شاء الله تعالى وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحساناً بالضرورة (فإن الحاجة الرتبة معلومة وقوعها) أي المستمرة من قولهم رتب الشيء إذا دام ومنه أمر ترتب أي دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما يبيننا) من أن مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الآخر عما هي فيما هو ومن ضمان التجارة

(٣ فتح القدير - خامس) عليه ليس له أن يحلف الآخر لما يبيننا وصورة الخلع ما إذا كانت المرأة عقدت عقداً للمفاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببذل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يبين ضرورة غيره

قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن إلى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة بتقدير الضرورة ولهذا لم يتعد إلى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فليست أملاً قال المصنف (فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار) أقول قال الاتقاني ولنا في عبارة صاحب الهداية نظراً لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك ثمن المشتري وأجرة ما استأجره لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر ارش الجناية والمهر والنفقة الخ لأنها هي الدين الواقعة بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها إلى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر أن شاء الله تعالى اه وفيه بحث وفي قوله لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار بحث لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا في الدين الواقع بدلا عنه فينبغي أن يقول فما يصح فيه الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وفس عليه

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعني (١٠) وحاجتنا هنا الى البقاء اذا المطالبة نتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلما لم يزل المال على

الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حال البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلاً منهما في الابتداء بأنه هل يلزمه أو لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك هنا الصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما الاقراض فعند أبي حنيفة يعني ان فيه روايتين قال في المبسوط ان اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعارة) أي ولئن سلمنا ان اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذا لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم به ان ما يأخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية

(قوله وانما قيد بحال المرض) أقول يعني انما

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقال لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولا يبي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهى وأما الاقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة

أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشترى منه بدنه وان شاء أخذ به شريكه وضمن التجارة كمن المشتري في البيع الجائر وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو ودعة اذا جدها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تلك الأصل فتصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كإروش الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العـلم اذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما ما يبيع خادم فأنكر فلا مدعى أن يحلف المدعى عليه على البتة وشريكه على العـلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعى يلزمه ما بخلاف الجنابة لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع مألوفة دلت امرأتان شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببذل الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لانه) أي الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب وله) اي (لأنه) أي (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت يصح من الثلث وصار كالاقراض) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمه في كل المال بالاجماع لان الاقرار به يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سئذ كرهه في الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتحة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصته شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولا يبي حنيفة انه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤدي عنه) اذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح ممن ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكره يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون مبنياً

قيد الصدور بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول تعليل لكون الكفالة معاوضة للمفعول فيها بقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول قال الاتقاني أي ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكره بضمير الاثنين أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اهـ والامر فيه سهل فان الضمير المستتر راجع اليهما مبتأويل المذكور بل من ذكر

(قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) اشارة الى نقي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما ما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالأمر لانه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه (١١) وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

فيكون مثلها حكم غيرها لا يحكم البذل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لانه معاوضة انتهاء

للفعل بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقي الذمة والذمة في المأذون كالشركة بينه وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس في حال البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعادة محضة ابتداء وانتهاء لامعاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية (فيكون مثلها) أي لمثل الدراهم أو الدنانير المقرضة (حكم عينها لا حكم البذل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم ان يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والالزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبهة المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) أي امر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أولا (قوله وضمنان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمنان المخالفة في الودعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لان في ضمنان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله أنفا لابي يوسف فهم ما انه ضمنان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجنابة ولهم ما أن بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة ولهم ان ضمنان الغصب والاستهلاك كضمنان التجارة ولهم اذ صح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبيحرا وكذا المسكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفي الكافي الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليل وجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز منه ائنه له لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا

عند أبي حنيفة يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه أيضا وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلمح تحرير المذهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمد مع أبي حنيفة في لزوم ضمنان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون تخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول أبي يوسف ان ضمنان الغصب والاستهلاك ضمنان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجنابة ولهم ما أن ضمنان الغصب والاستهلاك ضمنان بتجارة لانه بدل مال محتوم للشركة فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان وكذلك يصح اقرار المأذون له

ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمسكاتب به ولو لم يكن ضمنان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا بلائحه قوله فيما سياتي لهما ان ضمنان الغصب والاستهلاك ضمنان تجارة فاستأمل في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والماء تعرض الاتقاني والسكاكي (قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة اذا المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها النسخ والمأذون صفة الصبي

وقوله (وان ورت أحدهما مالا) بالتشوين (١٣) أي المال الذي أصبح فيه الشركة كالدرهم والدنانير والفلس النافقة بطلت

المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله (فان المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان دوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان أحد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تنفي بموت أحد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم لزوم لاثبات مدعاء وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لاننا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا مانحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا مانحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنهها وان ورت أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد

قال (وان ورت أحدهما مالا) أصبح فيه الشركة أو وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لقوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشارك فيما أصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا لان المكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورت أحدهما عرضا فهو ولا تنفسد المفاوضة) وكذا العقار لانه لا تنص فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

اهما وسياق ان شاء الله تعالى (قوله وان ورت أحدهما مالا) أصبح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو وصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السودا ودنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورت مالا أصبح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لقوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذ هي أي المساواة شرط لبقاء صحته ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداءها شرط لبقائها لكونه أي عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسحها أو أفسحها أو ورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تنفي بموت أحد المتعاقدين فتبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم أحجب بأن القياس في الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون العقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقدا معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوات المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزوم اثار المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا الوصية الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان تذكر فروعاً من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب * أمر رجلان يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشترى وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشرائه نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشترى كاعلى ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكل به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الاثنين نصفين ولا شيء للشري في نفسه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك غيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني ان يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشتره فيه فله نصفه بمثل النصف الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو اشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما ثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشترى كافيته آخر فالقياس ان يكون له نصفه ولكل من الشريكين ربعه لان كلا صار مملوكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهم ما حجبوا شركاهما بهما بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد مدعهما ولو اشركه

أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان الرجل نصفه وللشريك نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشرعيين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهما ثلاثان إلا الجائزة في الانتهاء كالأذن في الابتداء وكذا لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملوكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبه فإنه لا يمكن أن يجعل به هذا اللفظ مملوكا جميع نصيبه بأقامة حرف في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه وأعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كانه ينبغي على ضرورة المشتري بانه لا يذى أشركه وهو استفاد الملك منه فأنبى على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز لانه يبيع ما لم يقبض كماله ولاه أباه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذي أشركه لان لفظ أشركتك صار واجبا للبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقذني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه يبيع وشرط فاسد وهو أن تنقذه ثمن نصفه الذي هو له ولو نقذه رجع عليه بما نقذه لانه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لان نصف النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لا خرايىنا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلامه ماموكل لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشترى بامره أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نقض أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو تغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكبلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الآخر نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينهما وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد ببيع نصفه والوكيل يبيع نصفه ببيع ببيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعثك هذا النصفه بألف كان بائعا للنصف بألف ولو قال بعثك بألف على أن له نصفه كان بائعا للنصف بمائة لان الكلام المقيد بالاسم تنشاء عبارة عما وراء المستثنى فكانت قال بعثك نصفه بألف فأما قوله على أن له نصفه فإصله ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مفيدا تصح كافي شراء مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهم ما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة** اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعه بمائة بمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعه مائة بمائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما ثلاثان لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول وأما بيع المراجعة والتولية

فصل لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدته وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لان الكلام فيما اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظر الما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة (١٤) الا اذا ثبت عنه روايتان أو يكون تقرير على قول من يقول بها صنيع

فصل (ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلس الناقصة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فأشبهه النقود بخلاف المضاربة لان القياس بأبائها المما فيها من ربح مالم يضمن

والوضعية فباعتبار الثمن الاول الا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذلك لو كان مشترى بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلا ثانياً - ما فكذا الثاني بوضعه أنا لواعظ برنا في بيع المراجعة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مراجعة في حق أحدهما ووضع في حق الآخر وقد نص على بيع المراجعة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل من المبسوط

فصل لما ذكرنا اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج الى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلس الناقصة) يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بالمال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلس وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجهه وفي وجه يجوز بالعرض المثل وقال مالك تجوز بالعروض اذا اتحد جنسها وقال الاوزاعي وجاد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقية عرضه عند العقد وكلا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والاخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم أنه لو دفع الى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها وبيع فارجحت فهو بينهما ففعل صح الا انه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الاخر اذا لم يصدق له وثبتت وضعية وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الخلى والتبديل فلا يصح ان رأس مال الشركة الا فيما سنده كره وأما الفلس الناقصة فلم يذكر القدر روى والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا قبل اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلس ونحو الكرخي الجواز بالفلس على قوله - ما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها انما صارت غنما بصلاح الناس وليست غنما في الاصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوا رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الاول وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين احدهما أن الفلس لا تنعقد بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لما وسياقي الوجه والتقييد بأعيانهم ما احترازوا عما لو باع فلسا بفلسين دينافاته لا يجوز انفاقا لان حرمة النساء تثبت بانحداد الجنس وجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحد افقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن) فان

أبي حنيفة في المزارعة ثم قوله (لانها عقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس بأبي جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن

فصل (ولا تنعقد الشركة الخ) (قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول فان ما لا يشترط الخلط وتحقيقه في الجنس الواحد قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك الا أن ثبت عنه روايتان اه ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة

قال المصنف (لان القياس بأبائها المما فيها من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة اذا كان الشراء بالنقد - دين في غاية الظهور على مذهب مالك فان عند مالك يلزم في المضاربة اذا كان رأس المال أحد النقدين ربح مالم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليست بالفرق هو انه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي اليه وفيه تأمل

فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح
الافيماء والشرع به وهو الدراهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض
والنقود كالوعدى كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله) ولانه يؤدي الى ربح مال مضمون (وبين ذلك ان الرجلين اذا عقدا
الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كأن شريكين في الربح الذي حصل
في مبيع أحدهما فحينئذ أخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من (١٥) مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مال مضمون ولم يملك ذلك

فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدي الى ربح مال مضمون لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله
وتفاضل الثمن فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مال مضمون وبالمثل يضمن بخلاف الدراهم
والدنانير لان ثمن ما يشتريه في نعمته انهي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان أول التصرف في العروض
البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على ان يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما
شياً بماله على ان يكون المبيع بينهما وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلا تنهاتروج رواج الاثمان
فالتحقق بها قالوا هذا قول محمد لانهم المصلحة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالنعمين ولا يجوز بيع اثنين
بواحد بأعيانها على ما عرفنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة
بها لان غنيتها تقبل ساعة فساعة وتغير سعة

فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس
مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي الى ربح مال مضمون) لانه اذا باع كل منهما عرضة
واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذي هو ثمن عرضه (ربح
مال مملوكه) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل
منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربح ربح ما ضمنه فان قيل هذا
لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لانحد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب
الكرباس من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب ووجهة مثلاً فاذا باع أحدهما في وقت
طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عددهما يبيع من الاجزاء وقبضه المشتري متداوياً بل الظاهر أنهما
متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه
وهو مجهول فقد أدى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر مال مضمون ولان القيمة لا تعرف
الا بالحزروالطن ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة
العروض أما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه
فلا تنازع ثم اللازم ربح مال مضمون وتعذر ما يدفعه (ولان أول التصرف في العروض البيع وفي النقود
الشراء وبيع الانسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز وشراء شيئاً بماله على أن يكون
الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا يني ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس اذا كانت نافقة تروج
رواج الاثمان فالتحقق بها) ولا يـ حنيفة وأبي يوسف (أن غنيتها تقبل ساعة فساعة) فانها باصطلاح
الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تتغير بانتهاء الخلقة وتغير ثمنها باصطلاح القائل ولا يخفى أن هذا
انما هو في الملاحظة أما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولذا قال الاسيحي في الصحيح
ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمناً باصطلاح الناس واللهذا واشترى

مال مضمون ولم يملك ذلك
لا يجوز بخلاف الدراهم
والدنانير لان ما يشتري كل
واحد منهما ما برأس المال
لا يتعلق به البيع بل يثبت
وجوب الثمن في الذمة اذ
الاثمان لا تتعين بالتعيين
فلما كان الثمن واجبا عليهما
في ذمتها كان الثمن والربح
الحاصل منه بينهما ضرورة
فكان الربح ربح مال مضمون
ومعنى قوله (وتفاضل
الثمنين) أي فضل أحدهما
على الآخر كما ذكرنا وأما
تفاضلهما معا فقال (قوله)
ولان أول التصرف في
العروض دليل آخر وقد
قررته في النهاية على وجه
يجري الى ربح مال مضمون
وذلك لانه قال لان حصة
الشركة باعتبار الوكالة
ففي كل موضع لا تجوز
الوكالة بتلك الصفة لا تجوز
الشركة ومعنى هذا أن
الوكيل بالبيع يكون
أمناً فاذا شرط له جزء من
الربح كان هذا ربح مال مضمون
فأما الوكيل بالشراء فهو

ضامن بالثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله (قالوا هذا) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد)
وقيد (بأعيانها) لتظهر غيرة الخلاف فانه لو باع فلان بواحد من الفلوس نسبة لا يجوز بالاجماع المركب وأما عندهما فلو جود النسبة في
الجنس الواحد وأما عند محمد فلهذا والمعنى الثمنية وأما اذا كانت بأعيانها فمفعندها يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجي تمام البحث
فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

(قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح انما عدل عن هذا لأن بيان الفرق
بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قررناه لانه فرار من المطر الى الميزاب فليتنامل

قوله (والاول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أفيس) لانهم لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كذا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالآخرين في الفلوس عندهم ما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح المضاربة بها أي بالفلوس النافقة قال (ولا تجوز) (١٦) بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدر

رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرف) إشارة إلى ان النقرة لاتعين بالتعيين لايهما) أي الذهب والفضة (قوله الا ان الاول) يعني رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية (قوله لانها) أي لان مناقيل الذهب والفضة (قوله الا ان يجري التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الا ان الاول أصح يعني ان عدم جواز الشركة بمناقيل الذهب والفضة أصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما حينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أي في عدم جواز الشركة بالمكييل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطا ثم اشترت كافيه الخلاف المذكور في الكتاب وغرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط

وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أفيس وأظهر وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمناقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكروا في كتاب الصرف ان النقرة لاتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا ما عرف انه ما خلفا ثمة في الأصل الا ان الاول أصح لانهم اوان خلفت للتجارة في الأصل لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهر الا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمة فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمة يصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكييل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعده ووضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وغرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح

شيأ بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهما كما قال المصنف (وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أفيس وأظهر) لان قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاسيحي يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرهما إليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك الا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمناقيل ذهب أو فضة ومراد ما التبر فعلى هذه التبر سعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكروا في كتاب الصرف ان النقرة لاتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما وهذا ما عرف انه ما خلفا ثمة ثم قال (الا ان الاول أصح) يعني دراية لانهم ما خلفا للتجارة (لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربهما حليا فانها تتعين البتة وينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ولم يجز التعامل بهما ثم قال (الا أن يجري التعامل بهما) أي بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما ما فكان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدر (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكييل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعايه وضيعته) ويختص بربحه (وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند أبي يوسف) أي لكل منهما متاعه ويختص بربحه ووضيعته لا تتفاه شركة العقد والوضيعة خسارة التاجر يقال منه مبنيا للفعل وضع التاجر وكس في سلعته بوضع وضيعته أي خسر وقال قوم من العرب وضع بوضع كوجل بوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان المخلوط جنسا واحدا (وغرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم

وقول

التفاضل في الربح فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرط

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اه لكن اذا قوبل بالنقود يراد به الذهب الغير المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لأنه أي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب) يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وهو ظاهر وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (ثم من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع) من وجه (من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين) يعني الخلط وعدمه فليشبههما بالمبيع قلنا لا تجوز (١٧) الشركة بهما قبل الخلط وأشبههما بالثمن قلنا

تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك فتشأ كدبه شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست غنما بحال فلو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمحمدان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتشأ كمن الجهالة كافي العروض واذالم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء (وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر لان المخلوط لا يكون الامتعية فمقرر المعنى المفسد فكيف يكون صحيحا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثم من وجه حتى يصح الشراعي هادينا في الذمة) وهو من حكم الاثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين) وهما الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بهما قبله ويشبهه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بهما بعده وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فتشأ كدبه شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فانها ليست غنما بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهه لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبه به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متصلا في حقيقة وله شبهه باخرى لا يقال له شبهان وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يمتثل بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط له ما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما ما وقت القسمة باعتبار المثل (والمخلوط من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتمتلك الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كافي العروض) (قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قبل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه يشبه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعدى بضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بنفسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهما هذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تبسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمن لانه يمكن للمالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخلط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يظفر بالخلط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهم فاذا رضيا بذلك صح وان أبي يباع المخلوط ويقسم

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد أنها من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين بخلاف العروض لانها ليست غنما بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمحمدان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتشأ كمن الجهالة كافي العروض واذالم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء (وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر لان المخلوط لا يكون الامتعية فمقرر المعنى المفسد فكيف يكون صحيحا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثم من وجه حتى يصح الشراعي هادينا في الذمة) وهو من حكم الاثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين) وهما الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بهما قبله ويشبهه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بهما بعده وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فتشأ كدبه شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فانها ليست غنما بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهه لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبه به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متصلا في حقيقة وله شبهه باخرى لا يقال له شبهان وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يمتثل بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط له ما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما ما وقت القسمة باعتبار المثل (والمخلوط من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتمتلك الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كافي العروض) (قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قبل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه يشبه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعدى بضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بنفسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهما هذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تبسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمن لانه يمكن للمالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخلط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يظفر بالخلط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهم فاذا رضيا بذلك صح وان أبي يباع المخلوط ويقسم

(٣ فتح القدير - خامس) قوله قد بيناه بلفظ الماضي يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه والذي بينه هنا في كتاب الوديعه ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل خلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان (قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليتمأمل (قوله وهذا لان اضافة العقد) أقول أي عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها) أقول فيتوقف على ثبوتها

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهم ما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة)

الثنى بينهما على قيمة الخنطة والثمن على ما يذكر وهو ان يضرب صاحب الخنطة بقيمة الخنطة بالخلط بالشعر وصاحب الشعر بقيمة غير مخلوط بالخنطة لان الخنطة تنقص باختلاطها بالشعر وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمة الا بالصفة التي بيعت بها والشعر يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الخنطة فلا يستحق أن يضرب به المخلوط فلهذا يضرب بقيمة الشعر غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخلط فأما على ما هو ظاهر مذهب المخلوط ملك للخلط وحقه ما في ذمته فلا يباع ماله في دينه - ما لم يبق منه من الحجر عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قوله - جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخلط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فليبقا حقه - ما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بغيره وقسمة الثمن وان اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكمل أو موزون صار عينا مشتركة فاذا باعها انقسم على قدر ملك كل منهم - ما ولو كان المخلوط غير مثلي كالتياب فباعاها بشئ واحد انقسمت على قيمة متاع كل منهم ما يوم باعها لان كلاهما بائع للملكة والثنى بمقابلته جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهم - ما باعتار القيمة وان كانا جنسين مثليين فالثنى بينهما - ما اذا باعوا على قدر قيمة متاع كل منهم ما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما ما وملك كل منهم - ما كان مع - لو ما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكان مخلوطا ان لم يزد بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيد الخلط خيرا فانه يضرب بقيمة يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا بقيمة الشعر يزداد اذا خلط بالخنطة وقيمة الخنطة تنقص فصاحب الشعر يضرب بقيمة غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الخنطة يضرب بقيمة المخلوط بالشعر لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد عني رحمه الله في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه تعذر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهم - ما يوم المبيع لان استحقاق الثمن به وصار كالمخلوط وباعا الكل جملة فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الاثمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهم - ما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهم - ما كما في جارية مشتركة بين اثنين اعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل في أول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقنا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهم - ما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهم - ما يوم الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهم - ما بخلاف ما اذا لم يخلط الا ان تقوم ملك كل منهم - ما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهم ما وقت البيع (قوله) واذا أراد الشركة في العروض باع كل منهم ما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة

قال (واذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفلس النافقة وفي ذلك تضيق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) لانه اذا باع كل واحد منهم ما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذا لم يبيع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان عرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجوز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انهم اشركوا ملكا وان عقدا الشركة لان هذا العقد كالعقد يكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيوخ العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما ربح مالم يضمن كما بينا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله ماربح مال مضمون عليهم ما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما عرضة بنصف دراهم صاحبه ثم عقد الشركة عنان أو مفاوضة يجوز لزال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كافي المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة محتمل الاضافة لانه عقد نوكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه ابقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزال الجهالة أصلا لانهم من ذوات الامتثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما ما فيكون ذلك رأس مالهما ثم ثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لان ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع

(١٩)

مال الشركة وتطيره ما ذكره
القدوري ويستحب للنوضي
أن ينوي الطهارة ثم عدل
المصنف بقوله والنيسة في
الوضوء سنة وله في هذا الكتاب

قال (وهذه شركة ملك) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتاويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة

مفاوضة أو عنانا فقبل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز

نظائر كثيرة وقوله (يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) تطيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم متلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما والله أعلم

و (قوله أن العروض لا تصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدوري وسبب الشارح اليه أيضا في آخر كلامه (قوله وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيوخ العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف الازدي (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كافي العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبا بكر الرازي المعروف بالخصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عروض الآخر وتقاضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة حازكي ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما جازت لانهم مامقساويان في المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ أبي بكر نفعه الاتقاني عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه ابقاء الجهالة منظورة فيه فانه جهالة لا تقضي الى النزاع والفساد للعقود من الجهالات ما يفضي الى المنازعة وانما قلنا لا تقضي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقسمه بخلاف الزيت والسمن الخلوطين فانهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا أرباح مالم يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلا والاخر بمائة فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكا معه في المائتين فليتأمل

قال (وأما شركة العنان فتتعد على الو كالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتر كان في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) وانعقد على الو كالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ولا تتعد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا ينبت عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للعاجلة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

الا أن تكون مضافة الى حال بيعه - ما العروض بالدرهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فانهما ثبت العقد بالدرهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهم - ما وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون رأس مال الشركة - عروض كل من أمرين لزوم ربح مالم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو مضمون عليه ولا نحصل جهالة رأس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعريف رأس مال كل منهما - ما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزب فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من يزعم بأنه قصد الى الخلاف حقيقة اختياراً منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للتوضي أن ينوي الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ولذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للآثار الباطل وعلمت انه منتف (قوله وأما شركة العنان فتتعد على الو كالة دون الكفالة) وهو ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكرها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تتعد عناناً ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فصح عناناً ثم كفاً لا - خرباً زيادة على نفس الشركة أى كما أنها تكون عناناً مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا أن الأول قد يرجح بان هذه الكفالة لجهول فلا تصح الاضمان فاذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الاقصداً فلا تصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرنا كل مقتضياتها فان منها الكفالة ونصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للفرد الداخلة في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبر في مفهومه الكفالة (قوله من عنى كذا) أى عرض قال امرؤ القيس

فمن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوارى في ملاء مذيل

أى اعرض لنا سرب أى قطيع يريد من بقرة الوحش كان نعاجه عذارى أى أبكار دوارى وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيهه انعاج البقر في استرخاء لجهال السمن بالعدارى والملاء المذيل أى الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضى المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قلبه وكثيره وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أو لانه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصر في حالتي الارخاء وضده الآنة

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شئ عرض في هذا القدر لا على عموم الو كالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالآخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للو كالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الانقضى عطف على سبيل القطع تقديره أو هما يشتركان انتهى وقد تهمل أن المصدرية تشبيهها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فبمن قرأ برفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول فيه بحث الآن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

ويصح ان يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وبجملته القول في ذلك انهم ما ان شرط العمل عليه ما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما ما على ما شرطوا وان عمل أحدهم ما دون الآخر وأما اذا شرط العمل على أحدهما فان شرط الربح بينهما ما على قدر رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ما ربح ماله والوضعية بينهما ما على قدر رأس ماله ما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعي) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضعية على قدر المال) رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (قوله من غير فصل) يعني بين (٣١) التفاضل والتساوي (قوله كما في المضاربة) اعترض عليه بأنه اذا ألحقتم

(ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح) وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح مالم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فصار حب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذا لضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال عنزلة غناء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرط والوضعية على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقيدة من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى فرض باشتراك العامل أو إلى بضاعة باشتراكه في المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أسماء وعملان فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراك العمل عليها

اشتقاق غير صحيح الأفيما سمع ولا بد منه كما في استعجر الطين وأمناله (قوله ويصح ان يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وعكسه بان يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضل لا الخ ليس على إطلاقه بل ذلك فيما اذا شرط العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاء على من شرط له زيادة الربح وان شرط العمل على أقلهما بما لا يجوز وجه قول الثلاثة ان ذلك يؤدي إلى ربح مالم يضمن لان اشتقاق أحدهما للثالث الزيادة بلا ضمان لان الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضعية فانها لا تكون الا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط والوضعية على قدر المالين) ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال) غيره وهو (الشريك) ويستخرج به (ويشبه شركة المفاوضة أسماء وعملان فعملنا يشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخر وان كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى أجزأنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراك العمل

هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال اعمل في مالك وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سئذ كره أنه يشبهها من وجه وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم ان يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز فكذلك اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى فرض أو بضاعة

لأنه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المفاوضة أسماء وعملان معا فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى ربح مالم يضمن وعملنا يشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراك العمل عليهما

(قوله ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول يعني لا شركة (قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعني لا شركة قال المصنف (اذا لضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل قال المصنف (فعملنا يشبه المضاربة) أقول قال الاتفاق هـ هذا جواب أقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي إلى ربح مالم يضمن بعد التسليم وانما قال بعد التسليم لأنه يبين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح مالم يضمن

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه أي في هذا العقد إذا لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة (قوله للوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح ما يضمن وقوله (ويجوز أن يشتركا) ظاهر وقوله (فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة فإن عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه (قوله) (٢٣) فإذا هلك مال الشركة) ظاهر وقيد الوكالة بالمفردة احترازاً عن الوكالة الثابتة

في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فإنها فيهما تبطل بطلان ما تضمنهما من الشركة والرهن لأن المتضمن يبطل بطلان المتضمن تبعاً وأما الوكالة المفردة كمن وكل رجلاً بشراء عبد ودفع إليه دراهم فهلكت فإنها لا تبطل رأماً المضاربة فقد قال نفع الإسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فإنها تتعين حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انتهى بتعيين فيها بالقبض فعمل في المسئلة روايتين

(قوله يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الاتقاني ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة إلا بقوله والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده والقول للأمين مع الأمين تأمل فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذا لفظ لا يقتضيه (ولا يصح الإجماع) أن المفاوضة نصح به للوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم وبض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنيينه من بعد أن شاء الله تعالى قال (وما اشتراء كل واحد منهما للشركة طوبى بثمنه دون الآخر لما يئنا) أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الأصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا تقدم من مال نفسه رجع عليه فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للسكر مع يمينه قال (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشترى شيئاً بطلت الشركة) لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كفاي الهبة والوصية وبه لالة المعقود عليه يبطل العقد كفاي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان

على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره أجزاء الزيادة في الربح لأحدهما بخلاف مالو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً إلى قرض أن شرط للعامل كونه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه وإلى بضاعة أن شرط لرب المال إلا أنه يرد ما تقدم من أن المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها إلا أن يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وإن شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله إذا لفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا يبنى عنه اعتبر في مفهومه فلذا جاز أن يعقدها كل بيع ماله ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود ومن جهة أحدهما ما وبض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساوى أو تفاوتاً على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله) وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء هلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يده أو في يد شريكه لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لأنه يتعين) بالتعيين في الشركة) والهبة والوصية وبه لالة المعقود عليه يبطل العقد كفاي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشترى بالوكالة حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أما لو هلك قبل الشراء فأما

الشركة فكلامه صحيح أيضاً (قوله فإنها فيهما تبطل الخ) أقول وإن لم يقبض المال يبطل (قوله كمن وكل رجلاً الخ) أقول بخلاف للشروح الأيرى إلى قول المصنف وإنما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجب بد بالتولية والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الإقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الاتقاني فيه نظر لأن النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت انص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشئ يكون على غير ما أمره انتهى قال الأكل ولعل فيهما روايتين

(قوله لانه ماضى بشركة صاحبه في ماله) أى الشريك الذى لم يملك ماله ماضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله الأعلى تقدير بقاء ماله
بشركته في ماله كما يشترك هو في مال هذا (قوله وأبهم ما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند
محمد خلافا للحسن بن زياد) فائدة تظهري في حق جواز بيع الكل فعند محمد أبهم ما باعه جاز بيعه

(٢٣)

لان الشركة قد تمت
في المشتري فلا تنتقض
بهم لالك المال بعد تمامها
كألو كان الهلاك
بعد الشراء بالمالين جميعا
وعند الحسن بن زياد
لا ينفذ بيع أحدهما
الافى حصته لان شركة
العقد قد بطلت بهلاك
المال كما لو هلك قبل
الشراء بمال الآخر وانما
بقي ما هو حكم الشراء
وهو الملك فكانت شركتهما
في المناع شركة ملك
(قوله وقد بيناه) اشارة
الى قوله معناه اذا أدى
من مال نفسه الخ (قوله)
أما اذا هلك مال أحدهما
ثم اشترى الآخر
واضح (قوله لما بيناه) اشارة
الى قوله لانه وكيل من جهته

وكذا اذا هلك أحدهما لانه ماضى بشركة صاحبه في ماله الا لشركة في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا
بشركته فيبطل العقد لعدم فائدة وأبهم ما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان
هلك في يده الآخر لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يملك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك
من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرط)
لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما القيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد
ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان أبهم ما باع جاز بيعه لان الشركة قد
تمت في المشتري فلا ينتقض به لالك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه)
لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لأم
هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالو كالة في عقد
الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرط لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح به باقائمة فكان
مشتريا بحكم الو كالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن

يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينافي ذمته فلا تبطل المضاربة والو كالة المفردة بهلاك
المال واحترز بالمفردة عن الو كالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل تبطلان الشركة وهذا ظاهر فيما
اذا هلك المالان (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أى الشريك الذى لم يملك ماله (لم يرض بشركة صاحبه
في ماله الا لشركة) هو أيضا (في ماله) بتقدير بقاءه (فاذا فات ذلك) ظهور وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند
عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدة) وهى الاشتراك فيما يحصل (قوله فان اشترى أحدهما
بماله ثم هلك مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرط لان الملك حين وقع وقع مشترك بينهما القيام
الشركة وقت الشراء) لان الهالك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أى
حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة) الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر
(شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد رحمه الله) فانما شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع أحدهما
الافى نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كألو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم
يبقى الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر
المصنف ان هلاك مال أحدهما ما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء به فلا يكون
الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كألو كان بعد الشراء بالمالين (واذا) وقع المشتري على
الشركة (يرجع على شريكه بحصته من الثمن) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد
بيناه قريبا (هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أو لأم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم
اشترى الآخر) يعنى الذى في يده المال (بالمال الآخر ان صرحا بالو كالة في عقد الشركة) بان فالاعند
عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما كذا صورته في المبسوط فالمشتري
مشارك بينهما على ما شرط لان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح به باقائمة فتكون شركة ملك) وبهذا
جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع فاشترى
بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما
فجعل محمل الاول اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثاني اذا صرحا بها على ما ذكر

(قال المصنف خلافا
للحسن بن زياد) أقول
قال الانقضى فان عنده
شركة ملك فقط حتى
لا ينفذ بيع أحدهما
الافى نصيبه وجه قول
الحسن ان الشركة التي
عقداها ارتفعت بهلاك
مال الآخر وانما بقي
ما هو حكم الشراء وهو
الملك فلم يجز لأحدهما

أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى وبؤيد قول الحسن أن لا دوام للأموال المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل في دفعه
فان رأس المال لم يندم هنا صلاحية المشتري له بقاء (قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) أقول والا قرب أن يجعل
اشارة الى قوله أنف لانه اشترى نصفه بوكالته

(قوله وانه بالخلط) أى الشركة فى الأصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا إشارة الى قوله لان الربح فرع المال) يعنى وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتد به التعيين الاتسكون الشركة فى الثمن مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) إشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعنى بناء على أصله ما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والاخر دينارين تنعقد الشركة بينهما صحبة عندنا خلافا لفرقوا الشافعى وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والاخر سودا ولا تجوز شركة التقبل أى على قول زفر والشافعى لانعدام المال ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الأصل أما انهم مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند اليه فهو الأصل فلان المراد بالمستند اليه هو أن يكون غيره مبنيا عليه وذلك (٣٤) حد الأصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح فى الحقيقة يحصل من

التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف فى الكل فى بعضه بطريق الاصل وفى بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز أن يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز أن يضاف الى عين العلة واذا كان الأصل هو العقد وهو موجود ثبت الحكم فى الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثانى وهو قوله ولان الدراهم والدينارين لا تتبعان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الأصل دون المال لما بطلت الشركة به سلك المال قبل أن يشتريه شيئا لان هلاك المال وبقيته

لما بناء وان ذكر مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري الذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يختلط المال) وقال زفر والشافعى لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة فى الأصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا تجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا أن الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً ولان الدراهم والدينارين لا يتبعان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل واذا تحققت الشركة فى التصرف بدون الخلط

وقوله (لما بناء) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يختلط المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى الا أن مالك اشترط أن يكون تحت يدهما بان يكون فى حانوت أو فى يد وكيلهما (وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا بالأصل على الشركة وانه) أى الشركة فى الأصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان الاعتبار فى كل عقد شرعى ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لأحدهما دراهم وللاخر دينارين ولا اذا كان لأحدهما بيض وللاخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مال أحدهما عن الاخر (ولا تجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال) لاختلاف الشركة فى الأصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال)

اذا ذلك بمنزلة لكون الأصل هو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك ببقائه أوجب بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد اتفق باتفاق شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعتراض أيضا بان المالين اذا لم يختلط ابقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كفى العروض وأوجب بأن علة فساد الشركة فى العروض ليست التمييز بل هى ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم يضمن

(قوله وما اعتبر التعيين الاتسكون الشركة فى الثمن الخ) أقول الانسب للتفريع أن يقال الاتسكون الثمرة مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الأصل الخ) أقول كان الاظهر ان يقول وكل ما هو مستند الى العقد فالعقد أصل له فتأمل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بعمل الشركة فى الربح مستند اليه وعلى ما قاله لا احتياج فى الشركة فى الربح الى العقد أصلا اذا الشركة فى الملك الحاصلة فى الخلط كافية فيها (قوله يتصرف فى الكل) أقول أى فى كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع

وقوله (وصار كالمضاربة) يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال (٣٥) كان الربح مستحقا بالعقد دون المال

كافي المضاربة فانه ليس هناك خلط للمالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ونصح شركة النقبيل (قوله ولا يجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني أنه اذا شرط لأحدهما ففزان مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شاعنا قال ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جازله العمل به ولأنه أن يستأجر على العمل يتحصل الربح بلا خلاف وكل من جازله أن يستأجر لتحصيل الربح جازله أن يضع لان الاستئجار لتحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار على ومن ملك الاعلى ملك الادنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجرد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانه يادون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح

تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ونصح شركة النقبيل قال (ولا يجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط بوجوب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولأنه أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فملاكه وكذاله أن يودعه لانه معتاد ولا يجرد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانهم ادون الشركة فتتضمنها

حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علمته لما عرف ان لأثر العلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبغي على الاضافة وانما وجهه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لانه اضافته الربح الى التصرف في المال معناها ان كسب عن التصرف فيه وليس هذا مفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للتصرف كما في المبيع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيد شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معالا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحقيقه خارج عنه ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند الشراء بهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيره ما لم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تحقق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لو جرد المال وقت العقد لأنه انما عقد في المحل قلنا انما بطلت لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بطله كالمبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العلة قد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس والتساوي) في رأس المال ولا (في الربح) ونصح شركة النقبيل (قوله ولا يجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط بوجوب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشراطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني اذا شرط لأحدهما ففزان مسماة بطلت لانه عسى أن لا يخرج الارض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يضع المال لانه معتاد في عقد الشركة) من المتشاركين (ولأنه ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض دونه) وانه أقل ضررا فاذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهران لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذاله أن يودعه لانه معتاد ولا يجرد التاجر بدامنه) في بعض الاوقات والمضاييق وقوله (ويدفعه مضاربة لانهم ادون الشركة)

(٤ - فتح القدير خامس) فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لانهم ادون الشركة فتتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية

(قوله واذا بطل ذلك الاصل الخ) أقول يعني أصل زفر والشافعي

(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لأنه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك (٣٦) مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والأول) أي جواز الدفع مضاربة (أصح وهو

رواية الأصل لأن الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كما لو استأجر أجير يعمل فإنه يجوز قولاً واحداً فهذا أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الإجارة فإن الأجير إذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامناً للإجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله فإن قيل هذا منقوض بالمكاتب فإنه جازله أن يكاتب عبده والعبد المأذون له جازله أن يأذن لعبده فالجواب أن ذلك ليس من قبيل الاستتباع فإن كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لأنه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعتراض بأن الحكم الثابت مقصوداً أعلى حالاً من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي ثبتت

وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله قال (و يوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طالب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

لأن الوضعية في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة) في الربح (والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة) في الربح غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح (فصار) كما إذا استأجره بأجرة) ليحل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة) فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لأن الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقترناه المقتضى والمنفصل بملئهما والناهي عن مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق النص صرف مطلقاً وكذا الاقترانه ليس صلاة الإمام مستتبعة لصلاته بل تلك مبنية عليها وحقيقة النامح مبين لا غير على أنه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير ولكل واحد أن يشتري بالنسيئة وإن كان مال الشركة في يده استحسننا وليس لأحد شريك العنان الرهن أي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له بخلاف المفاوض له أن يرهن ويرهن على شريكه فإن رهن في العنان متاعاً من الشركة بدين عليه مالم يجز وكان ضامناً للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فإن هلك الرهن في يده وقيمة والدین سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كالأستيفاء وكذا إذا باع أحدهما ما ليس للآخر قبضه وللدين أن يمنع من دفعه فإن دفعه إليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما ما أن يخصهما فيما إذا نه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخر ديناً فإن أخر لم يرض على الآخر وكذا لا يعضى إقرار أحد في تجارته ما على الآخر فإن أقر وأنكر الآخر لم يلزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدة وكيلاً كان أو مباشراً وإن أقر أنهم ما وليا وأنكر الآخر لم يلزمه نصفه ولو اشترى أحدهما شيئاً فوجده عيباً لم يكن للآخر أن يردّه لأن ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص برحمته لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا الوجه أحد مال صاحبه بما ليس من شركته ما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك وبعض إقراره عليه وبشارك شركة عنان ويمضى على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما إذا نه الآخر أو إذا نه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد عيب ما شاءه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويختلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريك العنان أن (يوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لهما بخلاف الوكيل (صريحاً) بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهما أن

يعمله

وكانه في ضمن الشركة كيف جازله توكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء ثبتت ضماناً ولا يثبت قصداً كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان

(قوله وأجيب بذلك الجواب المشهور الخ) أقول وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضاً في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث

قال (ويده في المال يدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة قصار كالوديعة

يعمل اذا نهى شر بكمه عنه لم يكن له ٤ له فان عمله ضمن نصيب شر بكمه وله - هذا القول احدى ما اخرج للمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شر بكمه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهى عن بيع النسبة بعدما كان اذن له فيه (قوله ويده) أي يد الشريك مطلقا (في المال يدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه اعطاء البذل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده فانه لا يضمن لشر بكمه نصيبه والاخرى في السرا اذا أودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات وتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى ~~في فروع في اختلاف المتفاوضين~~ قد علم انه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يده الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضه أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهم انصفان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك - ولو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا مما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعي تلقى الملك من قبل المقضى له كمالو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذواليد عينا في يده انه خاصة وهب شر بكمه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقى الملك منه ولو ادعى انه مفاوضه والمال في يده المدعي عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للبراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذواليد جاحد مدعي عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم يكن أقام البينة في صورة الانكار لم يستخلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يده الجاحي فادعى الورثة بالمفاوضة وبجد الحى ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم شيء فيما في يده الجاحي لانهم ما شهدا بعد علم ارتفاعه لا تنقاض المفاوضة بموت أحدهما ولا لانه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا أن يقيموا انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يده الورثة وبجدوا الشركة فأقام الحى البينة على المفاوضة وأقاموا ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الأئمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدها وترك ميراثا لا يينا وأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد كمالو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا افرق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما مانصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاء من أخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول ونقض له وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضين لزم كلامهم - والقضاء الذي أنفذه عليه لأن كلامهم ما صحح ظاهرا

وقوله (لا على وجه البذل)
احتراز عن المقبوض على
سوم الشراء لان المقبوض
على سوم الشراء قبض
لاجل أن يدفع الثمن (قوله
والوثيقة) احتراز عن الرهن
فان المرهون مقبوض
لاجل الوثيقة

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لاتفيد مقصودهما) أي مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لا تفيد مقصودها أضاف المقصود إلى الشركة وإن كان المقصود للشريكين بأدنى مـلابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله فالان اتفقت الأعمال كالقصار بين اشتر كأوصباغين جاز وإن اختلفت كصباغ وقصارا شتركا (٣٨) لا يجوز لـان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فإن ذلك ليس من صنعة

فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا إن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه أن المقصود منه التخصيل وهو ممكن بالتوكيل لا تتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما أما الأول فلان التوكيل يتقبل العمل صحيح عن يحسن مباشرة ذلك العمل وعن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل إقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه وأجرائه وكل واحد منهما عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في مكان والاخر في مكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم أن من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسألة الخلط أن شركة التقبيل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله في جوازها إذا كانت الأعمال متفقة أجيب بان زفر له في هذه المسألة أعنى الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسألة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرها حكم

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبيل (كالحياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا يجوز لـان هذه شركة لاتفيد مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تقتضي على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التخصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيل في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرط العمل نصفين والمال اثلاثا جاز) وفي القياس لا يجوز لـان الضمان بقدر العمل

فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويتراوان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبيل) وشركة الابدان وشركة الأعمال (فتخو الحياطين والصباغين يشتركان في أن يتقبل كل الأعمال) أو نحو الصباغ والحياطين بفعلا ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا) وقال الشافعي لا يجوز لـانها شركة لاتفيد مقصودها أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أي الشريكين (وهو التمييز) أي الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضا كما مر جاز بالتوكيل بان يوكّل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيل في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معين الشريك فيما لزمه بتقبله عليه وهو جاز لـان المشر وط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى أن نحو الحياطين يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه إلى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لـان من أحدهما العمل ومن الآخر الخانات واستحسن جوازها لان التقبيل من صاحب الخانات عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لزفر أن من غرته عدم جواز شركة التقبيل وهو يناfi اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان أجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبيل روايتين ذكرهما في المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكرها شرطه في تجوزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبيل) من كون المقصود تحصيل الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل بوجهه (قوله ولو شرط العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أي لانه لا مال

عقدت

الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذ كر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا

(قوله ولو شرط العمل نصفين) أي إذا شرط في شركة التقبيل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فم يجز العقد تأديته اليه أي إلى ربح مالم يضمن فصارت شركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز إذا كان المشتري بينهما على السواء وما إذا اشتراطا التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا

وقوله (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ بحالان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوي خمسة عشر جازما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحدد لان رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذ بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضى بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فينتقد بقدرة ما يقوم به ولا يحرم لانه لم يؤد الى ربح مالم يضمن بخلاف (٣٩) شركة الوجوه لان جنس المال

متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهم مادراهم كانت أو دنائير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله (وربح مالم يضمن) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها الوقوع بمقابلة العمل في جانب المصارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحدا منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) أي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قيل فيجوز أن يكون معناه ويرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه أي الى صاحب الثوب مثلا لو أخذ أحد الشريكين ثوبا بالصبيغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان وقوله (وهذا) إشارة الى لزوم

فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العطف لانه أدبته اليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه لا يأخذ بحالان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فينتقد بقدرة ما يقوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطلب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة

عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لا أحدهما (ربح مالم يضمن فلم يجز) كالم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها اذا شرط التفاوت في ملك المشتري فان اشترى كاعلى ان ما اشتراه كل منهم يكون لا آخر بعه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا لما أخذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لان رأس المال عمل والربح مال وانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان أحق في العمل وأهدى وعلى هذا الوجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما ماعدا لوجه هو الجواز لان الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بخلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق) فان الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح مالم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الاجرة فانه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوى فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان انما عمله الذي تقبله قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل باجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر) فيما اذا عقدت شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما اذا أطلقا الشركة أو قيداهما بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها أو على معناه وهذا علمت أن لا فرق بين اطلاق الشركة والتخصيص على جعلها عنانا في أن المنعقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعني شركة الصنائع

العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون النص بذكره وجه الاستحسان ان هذه الشركة

مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر (ولهذا) أي ولكون العمل مضمونا (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الأجر لأن الغرم بأداء الغنم فإذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشئين لأن فيما عدا ذلك لم يجز هذا (٣٠) العقد مجراها حتى قالوا إذا أقر أحدهما بدين من ثمن اشنان أو صابون أو أجر

أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا بينة وتلزمه خاصة لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذا لا قرار يوجب المفاوضة قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه) وهو أن يشتركا الرجلان ولأمال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وأماهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتريان بوجوههما أي سميت شركة الوجوه لأنه لا يشترى بالنسيئة الأمن له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة إذا كان الرجلان من أهل الكفالة لأنه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الأبدال أي الثمن والمثل فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين ولا بد من التللف بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم وإذا أطلقت كانت عنانا لأن المطلق ينصرف إليه لكونه المعناد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي

(مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه) مجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولأمال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لأنه لا يشترى بالنسيئة الأمن كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال وإذا أطلقت تكون عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمنا في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فإن شرط أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز

(مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لا أنها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الأجرة بعض ما سمي للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه) مجرى هذا العقد وإن كان عنانا (مجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البذل) وإن لم يتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو كان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا بينة لأن نفاذا لا قرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصاعليها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الأجرة ولا شيء للآخرين لأنهم لم يكدوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجر فإذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الاثنتان الأجر (قوله) وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولأمال لهما يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما ووجههما والربح بينهما مالان الجاه مقابوب الوجه ما عرف غير أن الواو انقلب حين وضعت موضع العين للوجوب لذلك ولذا كان وزنه عقل (وانما تكون مفاوضة) بأن يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساوى في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو بذكر كرامتضياتها كما سلف (فتتحقق الوكالة والكفالة في الأبدال) أي الأتمان والمبيعات وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنهها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو اثلا تصح فيكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع أن الربح في كل منهما من جنس الأصل ففرق بأن شركة العنان في معنى المضاربة من حيث أن كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح أعمال شبه المضاربة في العنان في إجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل أن شبه المضاربة انما يجوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عاملا في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في

أن الربح عنده فرع المال فإذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة وقلنا إن الشركة في الربح مستندة إلى العقد إلى آخره المضاربة

(قوله) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح الكنتز

(قوله ولا يجوز ان يتفاضل فيه) أى في الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) إشارة الى تختم المساواة في اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاقى فانه يجوز ان ياتي بأقل من النصف ولا يستحق بمساواها فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانته رأيه وتديره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أجيب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله الا ترى) توضيح لقوله ولا يستحق بمساواها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود الى المبحث لان تمام المطلوب يعنى ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ (٣١) وتقرير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر

المالك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح ان يشترطه الا في المضاربة فانه يصح فيها ما ذكرنا من وجوه مقابلة به بالمال والعمل والوجوه أى شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الزميرين وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق به اقل فيه نظر لان ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبه المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجوز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي الى ربح مالم يضمن والجواب ان

ولا يجوز ان يتفاضل فيه وان شرط ان يكون المشتري بينهما اثلاثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان قرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلحق العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بمساواها الا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر المالك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في مضاهاتها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق به والله أعلم

فصل في الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شئ مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل

المضاربة على خلاف القياس والالم يجوز الحاق غيره به لانه يشبه به بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان اشبه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة عروض مضارب مالم يضمن لا في مقابلة عمل للمشتري في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كافي الصنائع أجيب بأنه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقديم الصحة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدي (فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كالأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفسق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعها من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا أو سمل الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا وبيعا

العنان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لا غفرنا ولكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضى اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما أن يلتزم مساعه أو يصار الى مخلصه المعلوم في الاصول **فصل** في الشركة الفاسدة وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخير عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح

(قوله قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الخ أقول وفيه بحث فان الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيه الماذكرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى غمدى في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدنانير فالتشبيه به لا يكون علة التجوز فيه فيما يجوز فيه فليتامل **فصل** في الشركة الفاسدة

(قوله لان امر الموكل به غير صحيح) والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح (٣٣) وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقرير الثاني التوكيل

بأخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل ومن تلك شيأ بدون أمر الموكل لا يصلح ان يكون نائباً عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو نائب للموكل وليس بثبت التوكيل وهذا المعنى لا يتحقق في عين ملك بدون أمره ائلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح ان يكون نائباً عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النقص ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله (فلا معين أجر مثله بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من المبسوط قبل تقديم كرمحمد على أبي يوسف رحمه الله في الكتاب وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد وجه قول أبي يوسف أنه رضي بنصف المجموع وان كان ذلك

لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه وانما ثبت الملك لهما بالأخذ واحراز المباح فان أخذه معافوه بينهما ما نصفاً لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه وجعه وحله الآخر فلا معين أجر المثل بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه

جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الأبدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترى كناناً وأوعار وسعد يوم بدر فلم أجد أنا وعمار بشي وأجاء سعد بأسيرين فأشرك بينهما النبي صلى الله عليه وسلم أجيب بأن الغنمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فيمنع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعلاً صلى الله عليه وسلم لم انما هو تنفيل قبل القسمة أو أنه كان قد درمما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان أمر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولايته (والوكيل يملكه) أي ملك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذ لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل شراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق البداليه فاذا وكاله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قبل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا قصده ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجب أن اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذه جميعاً) يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما اكل منهما وان لم يكن وزنياً ولا كيلياً قسم على قيمة ما كان اكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان اكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما فإظهار أنه بينهما ما نصفاً والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا بيمينه لانه يدعي خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعان الآخر) بأن قلعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه أحدهما وجعه والآخر حله فلا معين أجر مثله بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف عن ذلك) وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهم ما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدرك أي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً أو لا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفياً منافعها بعد فاسد فله أجر مثله بالغام بالغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما اذا لم يصيب شيئاً وفيما اذا أصابا أنه ان كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى بما دونه من النصف وكونه مجهولاً في الحال فهي حالة على شرف الزوال فانه على عرض أن يصير معلوماً عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيب شيئاً فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالاً وما لا يخفى أن أجر المثل بالغام بالغ وقوله (لا يتجاوز به) بفتح الواو على البناء للفعول وقوله (نصف عن ذلك) بالرفع لانه

هو

مجهولاً في الحال لانه يعلم في المال وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضية أن يصير معلوماً عند الجمع

(قوله لانه صادف غير محل ولايته) أقول وفيه بحث لانه فاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني (قوله والجواب أن معناه يملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقص (قوله قبل تقديم كرمحمد) أقول القائل هو الاتقاني

فإذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن (٣٣) المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه

يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد أنه لا يمكن تقريره أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقسدا حيث لا يدري أي نوع من الخطب يصيبان وأي قدر منه يجمعان ولا يدريان أيضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه فإذا كان كذلك لا يمكن أن يقال ان المعين رضى بنصف المسمى من الخطب أو غيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغ ما بلغ ألا يرى أنه لو أعانته عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغ ما بلغ فهنا أولى لان ما أصابا وقوله (واذا اشتركا ولا حدهما بغل ولا آخر راوية) الراوية في الاصل بعير السقاء لانه يروى الماء أي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزايدة وهي المرادة هنا قال أبو عبيدة المزايدة لا تكون الا من جلدتين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مراد ويزيد وقوله (لان الربح فيه تابع للمال فيقدر بقدره) فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما هو وكل فرع تابع وكونه تابع للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب

قال (واذا اشتركا ولا حدهما بغل ولا آخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما ما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلا نعقادها على احرار المباح وهو الماء وأما وجوب الاجر فلا ان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال وبطل شرط التفاضل) لان الربح فيه تابع للمال فينتهـ بدر بقدره كما أن الربح تابع للبدن في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال

هو النائب عن الفاعل (فرع) اهـ ما كلب فأرسله فأصاب بينهما ولو كان لا حدهما وأرسله جميعا كان ما أصابه للمالكه (قوله) واذا اشتركا ولا حدهما بغل ولا آخر راوية يستقي عليها الماء وما يحصل بينهما ما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه ويقال رويت للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول أن يكون لهذا جمل ولا آخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر مال كل واحد فصار زفافه بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هـ ذان كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون غنمه بينهما ومنافع دابتي على ان غنمه بينهما ولو صرحا به اذا كانت الشركة فاسدة ثم ان أجراهما ما بأجره معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لان الشركة لماسدت والاجارة صحيحة لان عقادها على منافع معلومة بيد معلوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة البيعين المختلفين بخلاف مالوا مشتركا على ان يتقبلا الجولات المعلومة باجرة معلومة ولم يؤجر البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة جمل الجمل على جمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لا حدهما آلة الصبغ ولا آخر يبيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعمل بتلك الآلة في ذلك البيت وان اجر البعير أو البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد ولو أعانته الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الاجر على قول أبي يوسف وبالغ ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤجرها وما أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الاجر كله للمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا ان تقديره انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بينهما ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامرء وللعاقد أجر مثله لانه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف مالود دفع اليه دابة ليبيع عليها طعاما للدفع اليه على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثله لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثله والربح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون له ذابغل ولا آخر مزادة فاشتركا على ان يستقيما الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والاجر كله للذي استقى وعليه أجر مثل المزايدة ان كان صاحب البغل وأجر مثل البغل ان كان صاحب المزايدة وجمع المزايدة مزاد ومزاد (أما فساد الشركة فلا نعقادها على احرار المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجر فلا ان المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله) وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كأنف لا حدهما مع الفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وان كانا شرط الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال لا آخر وشرط الربح أثلاثا باطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لان الربح في) وجوده (تابع للمال) وانما طاب على التفاضل

(٥ - فتح القدير خامس) أنه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وهما قد فسد العقد فيكون تابع للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تنضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الارض ريعا أي غلة لانها زيادة

(واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لأنها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقيق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضي بلحاظه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكى وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

بالسمية في العدة وقد بطلت بطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولدة ونظيره البذر في المزارعة والريع الزيادة (قوله) وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عتانا إذا قضى بلحاظه على البنات حتى لو عاد مسلم لم يكن بينهما شركة وإن لم يقض القاضي بلحاظه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه فهو ما على الشركة وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فإن لم يقض القاضي بالبطالان حتى أسلم عادت المفاوضة وإن مات بطلت من وقت الردة وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصبح عتانا عند أبي حنيفة رحمه الله لا وعندهما نبقى عتانا ذكره الولوالجي وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة أي مشروط ابتداءها وبقاؤها باضرورة فإنها لا يتحقق ابتداءها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبعية بطلان الأصل وبطلانها بالالتحاق لأنه موت حكى على ما بيناه من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزل حكى فإن ملكه يتحول شرعا إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذ الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة وماله دراهم أو دنائير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي لأنه نوع جبر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم أو دنائير لأنه لو كان عروضا فلا روية في ذلك عن أصحابنا وإنما الرواية في المضاربة وهي أن رب المال إذا انتهى المضارب عن التصرف فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنائير صرح فيه بغيره بصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس مال الشركة دنائير وعكسه فقط وإن كان عروضا لم يصح جعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبهض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة في أيديهم مامعا وولاية التصرف إليهم ما جيعا فملك كل منهم صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان أو عروضا بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عرضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال فيه (فروع) إنكار الشركة فسخ وقوله لا أعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا للقيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أنا أريد أن أشتري هذه الخارية لنفسى فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضي أم سخط بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه اهـ وهذا غلط وقد صحح هو أنفراد الشريك بالفسخ والمال عروضا والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فإن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها إلا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعني إذا كان ساكنا والمراد بموجبها وقوع المشترى على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوها شركة صححة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر على أن تلت الربح له والثلاثين بينهم أثلاثا لثلاثة الحاضرين وثلاثة للغائب فعمل المدفوع إليه بذلك المال

وقوله (على ما بيناه من قبل) إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاظه إلى قوله ولنا أنه بالالتحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام الخ وقوله (لأنه) أي الموت (عزل حكى) لكون موت الموكل بوجوب عزل الوكيل حكما لتحويل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته وقوله (وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعتراض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لانصاع الشركة بدون الوكالة أشار المصنف إلى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها أي الوكالة لتحقيق الشركة وإذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لأنه) أي الفسخ (عزل قصدي) فينوقف على العلم

فصل ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أدى ما مضى من كل واحد منهما ما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما وقوله (لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل لا يدفع الضرر أي بقاء الواجب في ذمته وقوله (لأنه عزل حكى) اعترض عليه بأنه يشك بالوكيل بقضاء الدين فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فإن علم بأداء الموكل فهو ضامن وإن لم يعلم لم يضمن شيئا فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكى هناك أيضا بأداء الموكل وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الأصل لأن الدين تقضى بأمثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أدؤه موجبا لعزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله بأداء الموكل لالحق الموكل فيه ضرر لأنه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمنه إن كان هالكا وههنا (٣٥) لو لم يوجب الضمان أدى إلى لحاق الضرر بالموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمنه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه أيضا بأن زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الأداء وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر وعند ما يؤدي الموكل عن نفسه الزكاة الحلية حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أدائها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما أمره فلذلك

فصل وليس لاحد الشرى بكن أن يؤدي زكاة مال آخر إلا بآذنه **فصل** لأنه ليس من جنس التجارة فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاة فإن أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن إذا لم يعلم وهذا إذا أدى على التعاقب أما إذا أدى معا ضمن كل واحد منهما ما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الأمر بنفسه لهما أنه مأمور بالتبليغ من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التبليغ لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار وجب الأمر لم يضمن المأمور علم أولا ولا يضمن خفيته أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر لا يدفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعرض أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكى وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقبل بينهما فرق ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار وفي مسئلتنا

سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يشككم بشئ فافقهوا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكه لا ضمان عليهما وعلمه بعد ذلك رضا بالشركة لأن هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

فصل ولما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة إذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردناها بفصل وأخره (قوله وإذا أذن كل أن يؤدي زكاة أمواله إذا حال الحول خال فأدى) وقد أدى الأذن المالك ضمن لشريكه ما أداء (علم بالأداء أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الوالوي إلى أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك ونص في زيادات العتابي أن عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا إلى رجل ليكفر عنه فكفر إلا أمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما إذا أتباع على التعاقب فإن أدى ما مضى من كل نصيب

ضمن وقوله وأما دم الإحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار وتقديره أنا لا نسلم أن المأمور بذبح دم الإحصار لا يضمن إذا ذبح بعد زوال الإحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الإحصار ليس بواجب البتة لأنه لو صبر إلى أن يزول الإحصار لم يطلب بدم الإحصار فلم يكن أمرا مقصودا فلم يمكن أن يقال إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرضي فعل المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان إسقاط الواجب أمرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعرضي فعل المأمور عن المقصود فيضمن

فصل وليس لاحد الشرى بكن أن يؤدي زكاة مال آخر إلا بآذنه الخ (قوله وأجيب بأن الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتفاقية والجواب عن مسألة كتاب الوكالة قال صاحب الاجتناس من أصحابنا من قال إن هذا الجواب عن قوله ما فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الأحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق (قوله واعترض عليه أيضا إلى قوله وأجيب عنه بأنه أمره الخ) أقول هذا الاعتراض والجواب للاتقاني

وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتقرر دليلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله أنه أدى ديناً عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطؤها والتمن بمقابلة الملك (٣٦) فكان الدين عليه خاصة ولا يحنيفة رضى الله عنه ان الجارية دخلت في الشركة على

البنات وأدى المشتري
ثمنها من مال الشركة وكل
مادخل في الشركة وأدى
المشتري ثمنها من مال الشركة
فانه لا يرجع عليه صاحبه
بشيء كما لو اشتراها قبل الاذن
وأدى ثمنها من مال الشركة
فانه لا يرجع عليه بشيء
وبين دخولها في الشركة بقوله
(جربا على مقتضى الشركة)
أي شركة المفاوضة فان
ذلك يقتضى دخول مال ليس
بمستثنى كالطعام والكسوة
تحتملها وشراء الجارية ليس
بمستثنى فيدخل تحتملها لانها
لا يمكن ان تغير مقتضى
الشركة مع بقائها ألا ترى
أنها لو شرطت التفاوت بينهما
في ملك المشتري لم يعتبر مع
بقاء عقد الشركة فان قيل
لو كانت واقعة على الشركة
كيف كان يحل وطؤها
أجيب بأنه كان يحل وطؤها
كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد
الشراء بغير اذن وقوله (غير
أن الاذن يتضمن هبة نصيبه)
استثناء من قوله فأشبهه
حال عدم الاذن فانه كان
مما هوهم أن يقال كيف
يشبه حال عدم الاذن وهناك
لم يحل وطؤها وبعد الاذن

الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فبطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والتمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البنات جربا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فأشبهه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجهه الى اثباته بالبيع لما بيناه من مخالف مقتضى الشركة فأنبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن الآخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذلك كره في المبسوط وزيارات العتاي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما انقع بما أداه بنفسه وأداه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم ان أداه ينضم عزل الوكيل وهو لا ينزل الابهـ العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافة الكتاب انه أداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره بأداء ما هو زكاة لانا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لان وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل ليقضى بهادينا عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار أيضا كدم الاحصار اذا نبح المأمور بهـ دزوال الاحصار (ولا يحنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتقصير المال الادفع الضرر الدين وقد خلا أدائه عن ذلك (فصار بأدائه معزولا علم أولم يعلم لانه عزل حكيم) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا وأما ما التزم به من المستثنين فقيل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أولم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق انه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الآخذ دائنه وهذا لان الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قوله مال ليس في وسعه ابقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلا حكيمالهـ ما أن يمنعاه لانه موقوف على كون الامر صحيح بدفعه مقيدا بوقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل انه لما أمره بأداء الزكاة كان ناويا لها فلو بادرا الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الامر كان بتأخير منسببا لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله واذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشتري جارية ويطأها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهى له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لانه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت في الشركة على الشريك جربا) على موجب المفاوضة (اذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الاذن) ثم (الاذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ (لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع) الصادر من البائع لاحد الشريكين (لما بينا) من عدم

ملكهما

يحل فأزال ذلك بقوله غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك

ولا وجهه الى اثباته بالبيع يعنى لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بيناه من مخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفا من قوله جربا على مقتضى الشركة فأنبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانت قال اشترى جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك فجازت الهبة في الشائع لانا الجارية مما لا تنقسم

بمخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للشري خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا بناء عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا فاضى ديننا عليهم مالا بينا أنها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعنتق عبدك عني ولم يذ كر المال ففعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد والعنتق يقع عن الأمور (٣٧) لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة

فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني أن الملك يثبت في نصيب الشركة بالهبة حكما للاذن بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره أحلت لك وطء هذه الجارية لا نصيب بملكها للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت فصد أقوله (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الوقف

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعنتق عبدك عني الخ) أقول المسئلة مذكورة في الأصول (قوله وعن الثاني أن المصنف أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء

ضمنا ولا يثبت فصد) أقول قد سبق تطهير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما للاحلال يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب بالاحلال شقصاصها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي

كتاب الوقف

بمخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا ديننا عليهم مالا بينا أنها دخلت في الشركة وفي مسئلتنا فاضى ديننا عليهم مالا بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

ملكهما تغير مقتضى العقد ولان الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شاعرا واستشكل بأنه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل أحلت لك وطء هذه الامة تملكها منه وهو منتف وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالاحلال شقصاصها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي فأما من له حق التملك كالأب والجد فالرأية غير محفوظة في تلك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبة بالشركة ان كلا منهما أراد الاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة مستبقى في ملك الانسان وفي الوقف مخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والاحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذ مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه أما تفسيره لغة فالجس مصدر ووقفت أقف حبست قال غنيرة

ووقفت فيها ناقة حتى فكاكناها * فدن لا فاضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويحتمل معان في قولك وقفت زيدا أو الجارية فوقف وأما أوقفته بالهمز فلغة رديئة وقال أبو الفخ بن جني أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب ثم اشتهر المصدر أعنى الوقف في الموقوف فقبل هذه الدار وقف فلذا جع على أفعال فقبل وقف وأوقف كوقت وأوقات وأما شرعا فليس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعها أو صرف منفعتها على من أحب وعندهما حبسها الا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسبب اتى تمامه فلا حاجة لافراد هنا أيضا وانما قلنا أو صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القرية وهو وان كان لا بد في آخره من القرية بشرط التأييد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بين الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا قاصلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن

ضمنا ولا يثبت فصد) أقول قد سبق تطهير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما للاحلال يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب بالاحلال شقصاصها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الاجنبي

يعطى لمساكين المسلمين وأهل الزمة وإن خص في وقفه مساكين أهل الزمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا أن خص صنفاً منهم فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامناً وإن قلنا أن الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزمت شرطه وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص ولا نعلم أحداً من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا البعد من الفقه فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم يخالف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفاً من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع في كلهم قربة ولا شك أن التصديق على أهل الزمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء رأيت لو وقف على فقراء أهل الزمة ولم يذكروا غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولى إلى المسلمين كان ضامناً فهذا ماله والاسلام ليس سبباً للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب عكسه هذا المال والسبب هو إعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلاً فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراً ناعنه نص عليه الخصاص في وقفه ولم يجعل خلافاً ومعلوم أن خلاف أبي حنيفة في الوصية فإنه انما شرط أن يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنكر فشهد عليه ذمياً عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يبيع به أو يعتمر لم يجوز لأنه ليس قربة عندهم بخلاف ماله وقف على مسجد بيت المقدس فإنه يجوز لأنه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد إذا وقف حال رده ففي قول أبي حنيفة هو موقوف إن قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد إذا انتحل ديناً جاز منه ما يجزى لأهل ذلك الدين أما المرتد فأبو حنيفة يجوز وقفها لأنها لا تقتل وأما المسلم إذا وقف وقفاً صحيحاً في أي وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف وبصير ميراً فأسواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الاسلام إلا أن أعاد الوقف بعد عودته إلى الاسلام وحكي الخصاص في وقف المرتدين خلافاً بين أصحابنا مبني على الخلاف في الذي يتزندق يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً قال بعضهم أقروه على ما اختاره وأقر الجزية عليه لأنى أن أخذته بالرجوع فاعادته من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقروه على الزندقة وأما الصابئة فإن كانوا دهرية يقولون ما يملكونا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من أهل الزمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى إلى قبول نهاداتهم على المسلمين فهذا حكمهم باسلامهم وأما الخطابية فاعادهم يقبلوا لأنه قبل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقبل لأنهم يتدينون صدق المدعى إذا حلف أنه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفاً لأنه انما ملكها بعد أن وقفها هذا على أنه هو الواقف أو ماله وقف ضبعة غيره على جهات قبله الغير فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون مجبوراً عليه حتى لو جبر القاضي عليه لسفه أو دين فوقف أرضه لا يجوز لأن جبره عليه كي لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي أن إذا وقفها في الجور لسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والأجارة فليس بشرط فلو أجر أرضاً عامين فوقفها قبل مضيها لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الأجارة فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعلها له من الجهات وكذا الورهن

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال (٣٩) وهو مصدر وقف الدابة وقفا ووقفها

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مات فقد وقف دارى على كذا

أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد الميراث فافتكها تعود إلى الجهة فلومات قبل الافتكالك وترك قدر ما يفتكك به افتكك ولزم الوقف وإن لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات أحد المتأجرين تبطل وتصور وقفا وأما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم به وعند أبي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما إلى متول وأما ركنه فالفاظ الخاصة كان يقول أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوت هذا اللفظ بعد شروطه ولا بأس أن نسوق شيئا من الالفاظ أرضى هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضى هذه على المساكين لا تكون وقفا بل نذرا يوجب التصديق بعينها أو بقيمتها فإن فعل خرج عن عهدة النذر والأورث عنه كن عليه زكاة أو كفارة ففان بلا إيصال نورث عنه وموقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي وإذا كان مفيدا لخصوص المصرف أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لأن جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايع يلح بفتون بقول أبي يوسف ونحن نفق ببقوله أيضا لمكان العرف وبهذا يدفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغنى والفقير ولم يبين فبطل لأن العرف إذا كان بصرفه للفقراء كان كالتصديق عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضا لزوال الاحتمال بالتصديق على الفقراء بخلاف قوله محبوسة أو حبس ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا إذا قال لا يسيل إذا تعارفوه وقفا مؤبدا على الفقراء كان كذلك والأسئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق به أو يمتنها وإن لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء إن تعارفوه وقفا عمل به والأسئل فان أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لأنه أدنى فائباته به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصى بأنه لا فرق بينهما وذكر في أحدهما إذا لم تكن له نية يكون ميراثا ولا ينبغي أن كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لأن النذر ورثه اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا لأنه اقتصر على تمام التفصيل في أحدهما والافلا شك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قبل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كافر إذا لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه غير أولي بصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحح الكلام ما أمكن كأنه قال جعلت كرمي بمافيه وقفا وينبغي أن لا تدخل الثمار لما سذكروه ولوزاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجيز الوقف على أنها العبارة الواضحة إلا أن قوله في الاسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف بغيره أن فيه خلافا ولا ينبغي أن التأيد أن يجعله في أول الامر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء بغير ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم) أي بخروج وجه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول إذا مات فقد وقف دارى على كذا)

أنا بتعدى ولا بتعدى ووقف الدابة وقفا ووقفها دارى على المساكين وقفا وأوقفها الغلة رديئة وعرفه شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بأنه حبس المملوك عن التملك من الغير وسببه طلب الزلتي وشرطه كون الواقف حرا بالغاعاقلا وكون المحل غير منقول وركنه أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف أى الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح

قال الاتقاني الوقف الحبس من قولهم وقف الدابة إذا منعته من السير قال صاحب الجهرة الوقف مصدر وقف الدابة أوقفه وقفا وكذلك كل شيء حبسته وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل وقال ابن جني في شرح المتنبي أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقف دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب انتهى وفي شرح الكاكي الوقف في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقفا بتعدى ولا بتعدى ومنه وقف أرضه على ولده لأنه حبس الملك عليه وقيل للموقوف وقف كقوله نسج الجمن وضرب

الامير وجمع على أوقف كوقف وأوقات (قوله وهو مصدر وقف الدابة وقفا الخ) أقول فيه بحث لأن في مصدر وقف اللازم يجيء وقفا على ما اعترف به لا وقفا والجواب أن مقصود ما منه مصدر وقفها أنا وذكر وقف الدابة للتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدر الأول دون الثاني

وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا وبسمله اليه) قال رضى الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقت الدابة وأوقنتها بمعنى وهو في الشرع عند أي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو المملوك في الأصل والأصل لا يصح إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي قد مناصحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا وبسمله اليه) بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ بخاري وإذا لم يزل عند أي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة حقيقة وليس إلا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كالم لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف الأمشية التصدق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلاذ كلفظ الوقف فلم يقد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجوز الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو المملوك في الأصل) يعني المبسوط وحينئذ فقوله من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظاهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يجب يزول المراد التلغظ بلفظ الوقف بل لا يجوز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذن فأبو حنيفة لا يجوز الوقف أي لا تثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم بها حكم وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه لم يسلمه إلى غيره فظاهر وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه **فرع** يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصي بغير هذه الدار لساكنين أبدا وألف لان وبعده لساكنين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه أنها كونه إذا امتنعت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد ولا يخفى أنه لا حاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجهه بحسب على منفعة العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضي خن ان أن عند أبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم م والشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينتقل إلى ملك الموقوف عليه أن كان أهلا للملك لا امتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد لأنه صلى الله عليه وسلم قال حبس الأصل وسبل الثمرة اه وهذا أحسن الأقوال فإن خلاف الأصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروج وجهه لا إلى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فمن الأول المسجد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها بائنا ولا يباع ولا يورث وكذا المذهب المطلق عندنا فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك الفـدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فإن الذي في الحديث في بعض الروايات تصديق باصله مع أنه ليس على ظاهره والآن خرج إلى مالك آخر ثم رأينا غيره بينه بقوله أن شئت حبست أصلها وتصدق بغيرها أي بالثمرة أو الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم

وما عرفه به أبو حنيفة رحمه الله يقتضي أن لا يصح الوقف لأنه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله (وهو راجع) إلى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو المملوك في الأصل) يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فأما أبو حنيفة فكان لا يجوز ذلك ثم قال فإداه أنه لا يجعله لازما فأما أصل الجواز فنثبت عنده كالعارية تصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه محتمدا فيه وإخراجه مخرج الوصية بأن يقول أوصيت بغيره تداري فيثبت يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثغغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته بأسقاط الملك وجعله لله تعالى

الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل أنه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس والمفهوم أن مختلفان لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس حبسه أي على ما كان ولا يمكن أن يراد به ما لا معنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم محبباً لعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بأمرين متنافيين فإما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه لئلا يقول واحد من الثلاثة بملك الفقير العين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعاً وإذا حبس عليه شرعاً امتنع بيعه وصورة حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده أن يسلمه إلى منقول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صدك الوقف فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لانه إذا كتب هذا لا يخصم أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط وإذا أبطله قاض بصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضيان وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فحمل ما ذكرنا الم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث (قوله واللفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه إذ ليس من مقتضيات لفظ وقف دأري أو حبسها خروجهما عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تنفي لزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تنفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث ثغغ وهو بالشاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم سا كنة ثم غين محجمة وذ كر الشيخ حافظ الدين أنه بلا تنوين للعلمية والتأنيث وفي غايه البيان أنها في كتب غرائب الحديث الصحيحة عند الثقات متوناً وغير متون كافي دعد قال محمد بن الحسن في الأصل أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمران عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثغغ وقال كان نخلاً لنفسها قال فقال يا رسول الله اني استفتدت مالا هو عندي نفيس أفأتصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللساكنين ولابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صدقاً غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضاً بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصابت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال إن شئت حبست أصلها وتصدق بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والقريبى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل بالعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار الشرع إلى أعمال ما يدفع هذه الحاجة فيها روى الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعوله ولا طريق إلى تحقيق دفع هذه الحاجة وإثبات هذه الصدقة الجارية إلزاماً وتقريراً المصنف بأنه تحقق حاجة استمرار وصول ثوابه ويمكن بأسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع إذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقاً قابل بتحقيق بالحكم

(قوله واللفظ) أي لفظ الوقف ينتظمهما أي يتناول ما قاله أبو حنيفة هو حبس العين على ملك الواقف وما قاله وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاماً واحداً من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليله ما بقوله لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه روى صخر بن جويرية عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثغغ وكانت نخلاً نفيساً فقال عمر يا رسول الله اني استفتدت مالا هو عندي نفيس أفأتصدق به قال تصدق بأصله لا يباع ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صدقاً غير متمول عنه وهذه الأرض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه وفتح لقب لها وهي بفتح التاء المثناة وسكون الميم والغين المعجمة

وقوله (أذله نظير في الشرع وهو المسجد) لبيان نفي استبعاد أن يخرج من ملك الوقف ولا تدخل في ملك غيره فان اتخذ المسجد لازماً بالاتفاق وهو أخرج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكنها تصير بحسب نوع قرب بقصد ها فكذا في الوقف ولا يـ حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام) (٤٣) لا حبس عن فرائض الله) أي لا مال يحبس بعدموت صاحبه عن القسمة بين

ورثته لكنهم يحملون هذا
الأثر على ما كان عليه أهل
الجاهلية من الجيرة والسائبة
والوصيلة والطمح ويقولون
الشرع أبطل ذلك كله
ولكننا نقول النكرة في موضع
النقي ثم فتناول كل طريق
يكون فيه حبس عن الميراث
الامام عليه دليل وقوله
(جاء محمد يبيع الحبس)
يدل على أن لزوم الوقف كان
في شريعة من قبلنا وان
شريعة نانا نأخذ لذلك وقوله
(كالسائبة) هي النافقة
التي تسبب لنذر وكان الرجل
يقول اذا قدمت من سفرى
أوبرئت من مرضى فناقى
سائبة ومعناه أن الوقف
بمنزلة تسبب أهل الجاهلية
من حيث أن العين لا تخرج
من أن تكون مملوكة له
منتهف عايم فانه لو سبب دابته
لم يخرج عن ملكه فكذا
اذا وقف أرضه أو داره وقوله
(بخلاف الاعتاق) جواب
عما يقال لو كان ازالة الملك
لاى مالك غير مشروع لما
جاز العتق فانه ازالة الملك
النايت في العبد من غير
تملك لاحد وقوله (وبخلاف
المسجد) جواب عن
قياسهم الوقف على المسجد

أذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولا يـ حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن
فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه الصلاة والسلام يبيع الحبس لان الملك باق فيه بدليل
انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف
غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبهه العارية ولا يـ يحتاج الى التصديق
بالغلة دائماً ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولا يـ لا يمكن ان يزال ملكه لاى مالك لانه غير مشروع
مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصاً لله تعالى ولهذا
لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصح خالصاً لله تعالى

بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يـ قدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على
تقريرنا يحصل مطلوبهم ما لانه اذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لا اعتقاد
الاثمة الثلاثة رجحهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك
بالاجماع لاى مالك وكذا الاعتاق وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أى
لا يـ حنيفة رجحه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله أسند الطحاوى في شرح معاني
الانوار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما أنزلت سورة النساء وأزل
فيها الفرائض نعى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطنى وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه
ضعفوهما ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً على علي حدثنا هشيم عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال
قال على رضى الله عنه لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون لهـ ذا
الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهـ ذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الاسماعا والا فلا
يحل والشعبي أدرك علياً وروايته عنه في البخارى ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبة في البيوع
حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم يبيع الحبس
وأخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل
(قوله ولان الملك الخ) ظاهره مصادرة لعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه اتماذ كره ليصل الدليل
بالدعوى وتقرر به ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جازا الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف وتعلق
حقوق العباد بالعين إثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أوله
وانفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكاً للواقف وكذا الاستيضاح بنصب
القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا أن يوجب موجب لا مرد له خروجه عن
ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى
على الخلوص محرراً عن ان يملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين
أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بهينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع
بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألحق المسجد بهما أو يضافضية كون الخالص
منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقياً اذ لا تصدق بلام ملك فاقضى قيام الملك فاما الاعتاق
فانلاف للمملوك بالكعبة وابس الوقف كذلك وجواب شمس الاثمة أن الادى خلق مالكا غير مملوك وانما
عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواء لانهم اخلقت لتلك فبالوقف لا تعود الى

اصل

قال المصنف (والملك فيه للواقف الا يرى ان له ولاية
التصرف) أقول ومعنى الملك على ما سيجي من الشراح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعاً في المحل (قوله الامام عليه دليل)
أقول كالوصية

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الوقف ما وقفه إلى المتولي ثم يردان يرجع عنه فينازعه بعد لزوم فيختصمان (٤٣) إلى القاضي فيقضى بلزومه وقوله (فالصحيح أنه لا يزول ملكه) يعني أن

قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهده فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

أصل هو عدم الملوكة بل إلى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو بر أو ليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث إلى آخره ونكره هذا في أحاديث كثيرة واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة ابن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كما هار وابات ونوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامى ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العمل ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم) وأن لم يخرج عن ملكه لأنه بمنزلة ما لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من إبطال الوصية وعلى هذا قلنا أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعدم موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا قال إذا مات من مرضى هذا فقد وقفت أرضي إلى آخره فمات لم تصر وقفاً وله أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال إذا مات فاجعلوها وقفاً فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لأن الوقف بمنزلة تعليق الهبة من الموقوف عليه والتملكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بأن صحته إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باعتبار وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتى صحيح وله الرجوع لأن الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها ما لو قال ان قدم ولدى فعلى ان أقف هذه الدار على ابن السبيل فقد قدم فهو ندر يجب الوفاة فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته إليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقفه على غيرهم سقط لأن غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغوصار الثابت النذر بالوقف جاز على كل من ليس بنفسه فان قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لأنه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجدا من بيت المال أو من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعلق أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صحيح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فقطهرانها كانت في ملكه وقت التسليم فأنها تصير وقفاً لأنه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تنجز والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يرفع الخلاف فللقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم

أنه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة فقبل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لأن الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولأنه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصديق بها هكذا الاذا بقي أصل الموقوف على ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى أى الذى ولا بالخليفة عمل القضاء وأما الحكم وهو الذى يفوض اليه الحكم فى حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال فى كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم فى البين المضافة وسائر المجتهدات فالأصح أنه ينفذ ولكن لا يقضى به (قوله وقال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أبي حنيفة بخلاف الوقف فى الصحة فإنه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي فى مختصره وقد روى محمد عن أبي حنيفة ان ذلك لا يجوز

منه فى مرضه كما لا يجوز فى صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة لأن المباشرة فى المرض كالمباشرة فى الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال

واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فيمنزل منزلة الزكاة والصدقة

بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه اذامات قبل الحكم الا أن تجيز الورثة وعندهما يلزم الا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضيان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كما لو وقف داراً ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد يكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المدينون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله) واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف (وهو) قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لان الواقف أن يجعله لله فيه يصير حقه الله وانما يثبت مسلماني ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تملك لله تعالى (والتمليك منه وهو مالك لجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فيمنزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يفتي ان التملك لله تعالى لا يتحقق لامقصودا ولا تبعاً لانه يحصل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لانه غاية ما يوجبه الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهده الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المستحق تسليمه اليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالأثر كانه ويمكن أن يلاحظ شئ من ذلك بل المقصود ليس الافعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الآثار يعني ما روي أن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورد في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فله ليم الوقف بل لشغله وخوف التقصير في أمره وكذا جيع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تفرغ نفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سبب الاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده بوجبه عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يده سيده المعتق له والنادر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتهما بوجبه عليه اخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية وعما بني على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لم نفسه ولا ولاده وأخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولو لم بشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية لا تميم وكذا الوصية وله وصي فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن

(قوله) وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه) أي يثبت التملك من الله تعالى ضمناً للتمليك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصداً فيأخذ التملك من الله تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله) فيمنزل منزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم الى الفقير

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو الملقوف في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جازله اخراجه من ملكه كسائر أملاكه ولما انتقل الى من بعده من شرطه الواقف لكان ليس كذلك بالاتفاق وقوله (يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) اعترض عليه بأنه قد كره قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول انما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في لزوم والصحة لا تستلزم لزوم فمكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا أقول أبي حنيفة الا اذا حكم به الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن (٤٥) ملك الواقف عند أبي حنيفة لان الوقف عنده

معروف بحسب العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه من خروج عنه الا ترى ان القربان تصير بالارادة الى الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالك المنفعة فلا يعمل فيه تصرف غيره وأما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحق

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله اذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بغيره كسائر أملاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر أملاكه قال رضي الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تنتمه وقال محمد لا يجوز لان أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة وما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضا لانه يعتبر بالهبة والصدقة

بعزله وينعزل بموته الا اذا جعل له قريبا في حياته وبعد موته وكذا يمتن عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لانصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله) واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي وأحمد انه يدخل في ملك الموقوف عليه اذا كان أهلا للملك الا انه لا يباع ولا يملك والمختار الاول لانه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجتماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لم يخرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه يجوز بالصحة عن اللزوم (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لان القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف

بالمسجد الحرام والكعبة (قوله لان القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في أن أصل القبض شرط أولا عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا انما هو وعند محمد شرط فكذا انما هو وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضا يجوز ويعتبر كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الاطلاق فان ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بموجود بقرينة النسخة الاخرى فان الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضا فليتنامل (قوله سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تأمل اذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الا أن يحكم به حاكم كما لا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج لا محالة) أقول لان سلم ذلك فانه يجوز أن يكون المعرف هو المعنى المصدرى أعني احداث الوقف وانشاءه أو يكون المعرف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليتنامل (قوله وعن الثاني بأن خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعا فلو صح ما ذكره لا تنقض تعريف الملك ويجوز أن يجب بملاحظة قوله بتولية الشرع بأن يراد بالقدرة الاصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

المنفعة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبي يوسف لان بقاء
الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى
فيه في وقت ويتخذ اصطبل في وقت بخلاف الوقف لا مكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل
ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن

المنفعة أي الصدقة الخاصة
المسألة الى الفقير وهو
احتراز عن الصدقة الموقوفة
وهي فيما نحن فيه (قوله الا
في المسجد والمقبرة) استثناء
من قوله ووقف المشاع جائز
عند أبي يوسف فانه لا يتم
مع الشيوع فيما لا يحتمل
القسمة بأن كان الموضع
صغيرا لا يصلح لما أراد
الواقف من اتخاذ المسجد
والمقبرة على تقدير القسمة
والحاصل ان جعل المسجد
والمقبرة في المشاع الذي
لا يحتمل القسمة لا يجوز
أصلا لا قبل القسمة وهو
حال كونه مشاعا ولا بعدها
أما قبلها فان بقاء الشركة
يمنع الخلوص على ما سيجي
وأما بعدها فلان فرض
المسألة فيما اذا كان الوضع
غير صالح لذلك لصغره فبقي
أن يكون بطريق المهاياة
والمهاياة فيهما في غاية القبح
الح مذكوره في الكتاب
وهو ظاهر

لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم
مشايخ بل أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخاري أخذ بقوله في وقف المشاع
وأما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفعة) أي المنجزة في الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا
الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض في تلك لما فيها من التملك للغير وأما الوقف
فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلاك تملك فلا يراد العتق والطلاق فلا
موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أولا يحتملها ففيما يحتملها
أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والحدان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها
اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي
سواء كان مما يحتمل القسمة أولا يحتملها والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما
لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض
الأتري أن الشائع كان مقبوضا لما لكي قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله
تعالى عند امكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط
اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فأن الانتفاع كالبيت
الصغير والحمام فاكفى بتحقيق التسليم في الجملة وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة
لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه
الى التباين والتباين فيه يؤدي الى أمر مستعجب وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبل للدواب سنة
ومقبرة عاما وحررة عاما أو مبطأة عاما وأما النباش فليس يلزم من المهاياة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما
يحتمل القسمة اذا قضى القاضى بخصمه وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة ويتباينون
وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا تجوز وكذا التباين وعليه
فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للساكنين
فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرر وتوضع غلتها للساكنين وليس لاحد من
الموقوف عليهم السكنى أن يكرهوا ولو زادت على قدر حاجة سكناء نعم له الاعارة لا غير ولو أكثر أولاد هذا
الواقف وولدوله ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الاسكناءات تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا
واناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور ان يسكنوا ونساءهم معهم وللاناث ان تسكن أزواجهن
معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناء لمن جعل له الواقف ذلك
للغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الا آخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على
الساكن بل ان أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لأحدهم ذلك
والانزك المنضيق وخرج أو جلسوا معا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح
والقرع في أوقاف الخصاص ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلاوا الجاعهم على الاصل
المذكور ولو اقتصما أعني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول
أبي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا (قوله
ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه) يعني شائعا (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالاستحقاق

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول على وكذا كذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلاً وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك يعني لا إلى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التملك فإنه يتأبد كالعتق فوجب الوقف يتأبد وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه (٤٧) ولهذا كان التوقيت مبطلًا لأنه يناقض موجبته

كالنوقت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على مالك الواقف فكان موجباً عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجب زوال الملك وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بصفة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا أوفق وأقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولا يبي يوسف أن المفصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع لأن التقرب إلى الله تعالى تارة في الصرف إلى جهة تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

بما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه وفي مرضه في المال ضيق لأن الشيوخ في ذلك طارئون ولو استحق جزء من عينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدًا وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم إلهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلًا كالنوقت في البيع ولا يبي يوسف أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

ظهر أن الشيوع كان مقارناً للوقف (كما في الهبة) إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت له إذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشيوع طار واذ بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيًا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفًا (ولو كان المستحق جزءًا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفها على بعض الوجوه ودفعها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزًا عند محمد لأن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لأن الكل صدقة غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جلة واحدة فهو كالمصدق به رجل واحد وسواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعًا على حدة وجعل إلهما أو أيا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فإن كلا منهما تصدق بنصيبه بعقده على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه والياء على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضًا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعًا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهما لا في جزأئها فكذا قبض الوالين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعل الوالي واحدًا فسلماها إليه جميعًا جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدًا) كالساكنين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم) هذا كلام القدروري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (أن موجب الوقف) يعني بعد التسمية إلى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بالتملك) وزواله يتأبد بعقده وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطلًا) كالموقوف عشرين سنة لا يصح اتفاقًا لأنه انما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال إذا

قال المصنف (إلهما أن موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وجوابه مذكور في الشروح (قوله وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بصفة الوقف ولزومه إلى آخره) أقول فيه أنه إذا حكم الحاكم بصفة الوقف ولزومه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلًا مجتهدًا فيه فليست أمثل قال المصنف (ولا يبي يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار

وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بيناه من ازالة الملك بدون التملك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها الفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال (ويجوز وقف العقار)

انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انه هو على ما ذكره المصنف باتباعه من التأبيد حيث قال (وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بيناه من ازالة الملك كالعتق) وعندهم ما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة) ان كان وقف للسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الاولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاول فاما الوجه الاول فانما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما اذا تصدق على أمهات أو ولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبار السكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يحتج من بقي منهن كان ميراثا على فراض الله تعالى عند أبي يوسف لما بيناه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون بطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم يسكن دار بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن يلزم وبعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل للناطقي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنهما ما ذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقض الموقوف عليهم بصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنه روايتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها في السكنى فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لهما ما كان لهما في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عدا ما كان لهما (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعافيه يكون وقفا معها في دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيخان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والراحين ولو قال وقفها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضا ولكن في الاستحسان يلزم التصديق به على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصديق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملق سرقينه

وعلى هذا الواقعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها الفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأبيد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله وهذا على الارسل أي ما ذكره القدوري

(قوله والجواب ان المروي الخ) أقول هذا مما بهم في كثير من المواضع

لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه وهذا على الارسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف اذا وقف ضبعة بيقرهاوا كرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آيات الحرائة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعاً مالا ثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جازا فراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعاً أولى

ورماده ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا وأسانيدهم كورة في وقف الخصاص ومنها ما تقدم من وقف عمر رضى الله عنه أرضه غنغ وأخرج ابراهيم الحاربي في كتابه غريب الحديث حديثاً أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضى الله عنه وقف داره على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطاقة والفاقة التي مات زوجها وفي البخارى وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاكم بسنده في الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر ابن الخطاب رضى الله عنه فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر أن نسخة صدقة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الجعدي تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه بداره بالمدينة و بداره بصرى على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضى الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمر بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم اجازته الوقف (فرع) اذا كنت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها (فرع آخر) وقف عقار على مسجد أو مدرسة هياكلنا البناءها قبل أن يبنيا الخلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها الى الفقراء الى أن تبني فإذا بنيت ردت اليها الغلة أخذ من الوقف على أولاد فلان ولأولاده حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء الى أن يولد لفلان (قوله) ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الارسال) أى على الاطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف اذا وقف ضبعة بيقرهاوا كرتها وهم عبيده جاز) والاكزة الحرائون (وكذا آيات الحرائة) اذا كانت تبعاً للارض يجوز (لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعاً مالا ثبت مقصوداً ك) بيع الشرب (والطريق لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً) وهذا كثير مستغن عن العبد ولو مرض به ضم فتعطل عن العمل ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف والا لانفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كالمقتل فأخذ بته عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن يتظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداه من مال الوقف واذا فداءه بقدرية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لأهل الوقف من الدفع والفداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعنى فلا معنى لافراد أبي يوسف (لانه لما جازا فراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أى عند محمد رحمه الله فتجوز تبعاً للعقار أولى وضمير لانه للشان أما لو وقف ضبعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فانه لا يدخل شيء

من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الاطلاق مقصوداً أو تبعاً كراعا أو غيره تعاملوا فيه أولاً قول أبي حنيفة والا كرتة جمع أكار وهو الزراع كائنها جمع أكرتة ديرا وقوله (والبناء في الوقف) أى في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لانه لما جازا فراد بعض المنقول) يعنى من غير أن يجعل تبعاً لشيء كافي المتعارف مثل الفأس والقدم والمرجل (عنده) أى عند محمد (فلان يجوز الوقف) أى وقف المنقول (تبعاً أولى) والمراد بالكرع هاهو الخيل لمناسبة ذكر السلاح

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع مصادرة لان البناء مما ينقل تأمل في جوابه فان تبعية البناء أقوى قال المصنف (فلان يجوز الوقف فيه تبعاً أولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما مطلقاً فلا تدبر

(وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان الآخر المشهور فيه منها قوله عليه الصلاة والسلام وأما خالفه - مدح حبس أدرعا وافرأه في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى وروى أكرعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الأبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالقاس والمز والقودوم والمنشار والخنزرة وثيابها والقودوم والمراجيل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه

من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ما قالوا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل) من شرط التأييد والمنقول لا يتأيد (وجه الاستحسان الآخر المشهور فيه) أي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فنع ابن جيل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جيل الآن كان فقيرا فاعناه الله وأما خالد فانكم تظلمون خالد اوقدا حبس أدرعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي على ومثلها ثم قال أما شعرت أن عم الرجل صنوابيه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدرعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جعه على كراع لأن فعلا لا يجمع على أفعال بل على أفعل كعقاب وأعقب وانما ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكرع الآن الطبراني أخرجه عن ابن المبارك حدثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي إلا أن أموت على فراشي وما من عمل أرجى عندي من لا اله إلا الله وأنا متترس ثم قال إذا أنا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكري هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عمل أرجى عندي بعد لا اله إلا الله من ليلة بئها وأنا متترس والسماء تهاني تنظر الصبح حتى تغبر على الكفار وإذا عرف هذا فالأبل تدخل في حكمه بالدلالة لأن العرب يغزون عليها مع أنه روى أن أم معقل جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج أفار كبه فقال صلى الله عليه وسلم أركبها فان الحج والعمر من سبيل الله والحاصل أن وقف المنقول بعماله لا يجوز وأما وقفه مقصودا إن كان كراع أو سلاحا جاز وفيما سوى ذلك إن كان مما لم يجز التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وإن كان متعارفا كالخنزرة والقاس والقودوم وثياب الخنزرة وما يحتاج إليه من الأواني والقودوم في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى إقاضيخان وقف بناء دون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاص ما يفيد أن الأرض إذا كانت متقرة لا احتكار جاز فإنه قال في رجل وقف بناء داره دون الأرض أنه لا يجوز قيل له فما نقول في حوائث السوق ان وقف رجل حائثا منها قال إن كان الأرض اجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لأننا رأينا ما في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسيم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزجهم عنها وانما له علة يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم - يتبايعونها وبواجر ونها وتجوز فيها أوصاياهم ويهدمون بناءها وينون غيره فأفاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنين فيه والافلا وذكري في موضع آخر في فتاوى إقاضيخان ذابني قنطرة للسلمين جاز ولا يكون بناؤها مبرأنا ثم ذكر أنه انما خص

وقوله (لما بيناه من قبل)
يعني ما مر أن من شرطه
التأييد والتأيد لا يتحقق
في المنقول والمراجيل
قودور النحاس

(قوله يعني ما مر أن من
شرطه التأيد والتأييد
لا يتحقق في المنقول) أقول
وفيه تأمل كتب وجهه في
الجواب عن دليل الشافعي
على ما يجي

وقوله (الحاقها بالمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذلك الكتب ذكر في فتاوى فاضل خان اختلاف المشايخ في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فإن الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن به مع بقاء أصله في ملكه (٥١) وقوله (ويجوز بيعه) احتراز عن حمل الناقصة

والجارية فإنه لا يجوز بيعه
فكذلك وقفه عنده أيضا ولنا
أن الوقف في المنقول لا يتأبد
وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز
وقفه لأن التأبد لا بد منه
على ما بيناه فصار المنقولات
كالدراهم والدنانير وقوله
(بخلاف العقار) جواب
عن اعتباره بالعقار وقوله
(ولا معارض من حيث
السمع) جواب عن قوله
فأشبه الكراع والسلاح
ووجهه أن الأصل أن لا
يجوز وقف الكراع والسلاح
أيضا كالدراهم الأنا
نركناه بمعارض راجح من
حيث السمع وقوله (ولا
من حيث التعامل) جواب
عمائيل ترك الأصل في
الكراع والسلاح بمعارض
من حيث السمع وهو ليس
بوجود في المراحل والقدوم
وغيرهما فلتكن صورة
التزاع مقبوضة على ذلك
ووجهه أن إلهام عارضا
من حيث التعامل وليس
بوجود في صورة النزاع
كالعبيد والاطاع والنياب
والبسط وأمثالها فبقي على
أصل القياس وقوله (وهذا)
استظهار على أن الحاق غير
العقار والكراع والسلاح

ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه الحاقها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يسلك للدين تعليمات وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز عنده وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القرينة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير ملوك ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الأصل ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو اجارة وإن كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد إذا كان البناء في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وقفها عليها ذكر الكل في الفتاوى واطلاق الاجارة بمعارض قول الخصاف في أرض الحكور اللهم إلا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعته وفي الخلاصة إذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقراءة القرآن أن كانوا يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقر في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد وأما وقف الكتب فكأن محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس بأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء) وعلى قول محمد أكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندها وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بجلي وأما الخلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لأن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حايا بعشرين ألفا فقبضته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه المصنف بأن حكم الوقف الشرعي التأبد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنام الدين فكان معنى القرينة فيهما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيها شرعية فيما هو دونهما ولا يلحق دلالة أيضا لأنه ليس في معناهما وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رواه من جريان التعامل فيها في الخلاصة وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمها يعطى لأبناء السبيل قال إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر فبين وقف الدراهم أو الطمام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك قال نعم قبل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم تصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن بباع ويدفع عنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكثر من الخنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بد لهم ليزرعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا

بهم ما غير جائز لأن غيرهما أقوى من ماليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس بخازن بتركه به قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا فليتأمل

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه) أي إذا لم (٥٣) الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك

القسمه فتصح مقاسمته
فقوله إلا أن يكون مشاعا
استثناء من قوله لم يجز بيعه
وهو منقطع أو متصل لأن
معنى المبادلة في قسمه
العقار راجع بفعل كأنه
بيع انشاعا أما امتناع
التمليك فلما ينيبني ما روى
من قوله صلى الله عليه
وسلم تصدق بأصلها
لاتباع ولا توهب وما ذكره
من المعنى بقوله ولأن
الحاجة ماسة الخ وقوله
(وأما جواز القسمه)
فظاهر وقوله (فهو الذي
يقاسم) أي الواقف هو
الذي يقاسم شريكه
لا القاضي وقوله (خالص)
صفة عقار أي لو كان له
عقار مائة ذراع وهو خالص
له لا شركة لغيره فيه
فوقف منه خمسة أذراعا
وجب أن يكون القاسم
ههنا غير الواقف لئلا يلزم
أن يكون الشخص الواحد
مطالباً ومطالباً فان مقاسم
النصف الذي هو الوقف
مطالب من مالك النصف
الذي هو غير وقف ومالك
النصف مطالب وهو
الواقف بعينه المقاسم
لنصف الوقف فكان
مطالباً ومطالباً وهو
لا يجوز فيرفع أمره إلى
القاضي يقاسمه

(قوله استثناء من قوله لم
يجز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تملكه كما يدل عليه أول كلام المصنف ثم يفهم من آخره كونه استثناء
من المجموع والأمور سهل

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمه
فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما ينيبني وأما جواز القسمه فلأنها تميز وأما غايه الأمران الغالب
في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظر الوقف فلم تكن
بما تملكها ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف وبعد الموت
إلى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي

السبيل يجب أن يكون جائزاً قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنيابند والاكسية واسترة الموتى إذا
وقف صدقة أبداً جاز قد دفع الاكسية للفقراء فينتفعون بهم في أوقات لبسها ولو وقف ثوباً لارتداه بقرهم
لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على أن يمسكه مادام حياً أن أمسكه
للجهاد جاز له ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن الجمل فرس السبيل أن يجاهد عليه وان أراد أن ينتفع به
في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل إلا إذا
احتج إلى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهو أنه دأب على أن المسجد إذا احتاج إلى
نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اهـ وهذا عند أبي يوسف لا يصح لأنه يؤول إلى الفج الذي لا جله
استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجداً يصلى فيه عامداً وأصلها لا يرتبط فيه الدواب
عامداً ولو قبل أن يؤول إلى غير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه وإقامة الخافض
والجنب فيه ولو قبل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك أن باحتياجه
إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجداً ثم ان خرب ما حوله واستغنى عنه
حينئذ لا يصير مسجداً عند محمد خلافاً لأبي يوسف وأما إذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال
لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضاً يجوز وقف الغلمان والجوارى على مصالح الرباط وإذا زوج
السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولزوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو أن في الأول
اكتساباً للوقف دون الثاني ولهذا الزوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع وقف المنقول
وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخلن في وقفه الحمامات الأصلية قال الفقيه هو كوقف
الضبيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وعثرها قال
الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها إذا ان تفسد أغصانها فإن لم ينتفع بأوراقها وعثرها فانه يقطع
ويصرف ثمنها إلى سبيله فإن نبت ثانياً ولا غرس مكانها وسئل أبو الوفاء عن وقف شجرة وقف يبيع
بعضها ويبقى بعضها فقال ما يبيع منها فسيله سبيل غلته وما بقي متروكاً على حالها (قوله وإذا صح الوقف)
أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه
ولا تملكه) هو باجتماع الفقهاء (إلا أن يكون مشاعاً فيطلب شريكه القسمه عند أبي يوسف فتصح
مقاسمته) أما امتناع التملك فلما ينيبني من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يبيع ولا يورث
ولا يوهب ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلى آخره ولأنه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن
من البيع (وأما جواز القسمه) أي عندهما فإن على قول أبي حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضي بضمه
وقف المشاع لأنها مبادلة ومعنى المبادلة هو الرجوع في غير التليات (فلا تميز) معنى (وأما غايه الأمر)
أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً
للوقف فلم تكن بيعاً وتملكاً ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية
للواقف عند أبي يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمه (بعد موته)
فالقسمه (إلى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له) فالقسمه طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضي)

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم أن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وأن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم ثم شراء قال (والواجب أن يتدأ من ارتفاع الوقف بعمارة شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصبين أجود فدعت الضرورة إلى ادخال الدارهم في القسمة أو تراصيا على ذلك فإن ادخل الدارهم في القسمة لا يجوز إلا ضرورة أو بالتراضي على ماسية في كتاب القسمة أن شاء الله تعالى فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فإن كان الأول لم يجز لأنه يعطى بمقابلته الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الثاني جاز لأنه حينئذ يشتري شيئا بمقابلته الدراهم ويقتفه وهو جائز

بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) إن أحب وهذا (لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصبين أجود من الآخر فجعل بازاا الجوده دراهم فإن كان الاخذ للدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الحسن لا يجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الاخذ شريكه بأن كان النصيب الوقف أحسن جاز لأن الواقف مشتري لا بائع فكأنه اشتري بعض نصيب شريكه فوقه فقوله (أن أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بناءه للفعل ويرفع الواقف ويصح على بناءه للأفعال ونصب الواقف لأن المعنى فيه ما أنه أخذ الدراهم وأعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائما عامرا أما إذا تم دم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لأنه يرجع إلى ملك الواقف إن كان حيا أو إلى ورثته إن كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظري على أن الوقف بعد ما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف وأنت تعلم أن قول محمد بن جوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لأن خلاصه لله تعالى أقوى من غيره من الأوقاف ولأن ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ربيع يعاديه ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حافوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحيث لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته فإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطعة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاص إذا كان كالقطعة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فأنما يصير لبيت المال إذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد إذا ضعف الأرض عن الاستغلال ويجوز القسيم بثمنها أخرى هي أكثر ربيعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ربيعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا خاف المتولى على الوقف من وراث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا الفتوى على خلافه لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار بل تكرر الدار وبستان بنفس الجوز على العمارة ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القاع لأنها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي إذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعًا لزيادة مؤنة الهدم الآن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره إذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يتدأ من ارتفاع الوقف بعمارة سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لاداء العشر والخراج والبذر ورازق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لأن حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا اللفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولا حرازه معاني جسة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليه - م كانت العمارة عليه - م أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم أي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعيينهم وعسرهم وأقرب أموالهم إلى المتولي هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعني حتما لانه قال فهو في ماله أي مال شاء وهذه الغلة أيضا من ماله فلم يقيده بذلك تناقض كلامه وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا تصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف إلى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازما عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكتي ولده) ظاهر

ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم - م وأقرب أموالهم - م هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب بني على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصرفا إلى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمسحقة عليه والغلة مستحقة فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف إلى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكتي ولده فالعمارة على من له سكتي) لان الخراج بالضمان على مامر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجزاها الحاكم

فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكك يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والداية ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي ليكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن محمد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجده عبيا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالنن فيأخذ منه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولومات مات من مال المشتري لانه في يده اه وهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم وفي معناه الغرم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانما) تكون (على الموصى له بها) (قوله) ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور ان يلزموا لعدم اجتماعهم - م ولعسرهم - م (وأقرب أموالهم - م هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله) وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات فن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته - م) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف به على الصفة التي وقف عليها) فأما الزيادة فليست بمسحقة) فلا تصرف في العمارة (الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أي لا يتراد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أي الزيادة (والاول أصح) لانه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم ولا تؤثر العمارة اذا احتيج اليها ونقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر دين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا العمارة قطع الآن يعمل كالفاعل والبناء ونحوه ما يأخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام نضر الدين قاضي خان رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذ الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فممن لم يشترط له الواقف شيئا أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله) فان وقف دارا على سكتي ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكتي لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجزاها الحاكم

وقوله (والاول اولي) يريد بها جارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى (٥٥) والثاني هو ترك العماره واستفيد

وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول اولي ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من اتلاف ماله فاشبهه امتناع صاحب البذر في المزارعه فلا يكون امتناعه رضامنه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجاره من له السكنى لانه غير مالك قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيه مالا له لا بد من العماره ليبقى على التأيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أو ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر عادة عينه الى موضعه يبيع وصرف ثمنه الى المرمه صرفا للبذل الى مصرف المبدل

وعمرها باجرتها) ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول) وهو العماره (أولى) من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أولى من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من) الزام الضرر (ب) اتلاف ماله فاشبهه امتناع صاحب البذر فيه) ما اذا عقد عقد (المزارعه) وينامن عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضامنه ببطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد) يعني دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العماره أو لرجائه اصطلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجزها الحاكم لانه (لا تصح اجاره من له السكنى) وعلمه بقوله (لانه غير مالك) وفي تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للنفعة بل أبيع له الانتفاع وهو ذا ضعف فان للموقوف عليه السكنى ان يعمر الدار والا عارة عليك المنافع بلا عوض والمسئله في وقف الخصاص والآخرة ليس بمالك للعين والاجاره تتوقف عليه لانها يبيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها اليك كماها فاقبعت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجاره المسكن أجز فيها لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كذا قالوا في أن يقال لانه تلك المنافع بلا بدل فلم عليك عليكها يبدل وهو الاجاره والا لمالك أكثر مما لك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للنفعة أيضا ليس له أن يؤجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن إقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجاره بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشنى انه رأى في المنقول ان اجاره الموقوف عليه لا تجوز وانما عليك الاجاره المتولى أو القاضي ونقل عن الفقيه أبي جعفر انه ان كان الأجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستمر فحوز اجارته وهذا في الدور والخوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤجر وان لم بشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هـ ذا وان لم يرص الموقوف عليه السكنى بالعماره ولم يجسد القاضي من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضاء على الارض كرماد فهو الرباح وخطري انه يخبره القاضي بين أن يعمرها في توفى منفعتها او بين أن يردّها الى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجر كالتشيب والقصب وقد بضم عطا على ما صرفه الحاكم في عماره الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عماره ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعماره ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتم بذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا لا بد الا يحل بالانتفاع

ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا وقوله (في حيز التردد) بيانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله في الحال ولرجائه اصلاح القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجاره من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجاره عليك المنافع بعوض ولا عليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك وفوقض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم عليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيضته المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز عليك المالك جواز عليك غيره قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف بأن بلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم يوجد قال الصدر الشهيد والقنوي على قول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والخيرة والتمتة وقنوي قاضي بخان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته حاز لامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشترطه (٥٦) لامهات أولاده في حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ولكن يجوز ذلك استحسانا لا يعرف

ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط
لهن لانهم يعنفن بعونه
فاشترطه لهن كاشترطه
لسائر الاجانب فيجوز ذلك
في حياته أيضا تبعاً لما بعد
الوفاة وقد قيل هو على الخلاف
أيضاً وهو الصحيح لان اشتراطه
اهم في حياته أي اشتراط
دفع الغلة في ابتداء الوقف
لامهات أولاده ومديره
وذكر الضمير تغليباً للمديرين
على أمهات الأولاد كاشترطه
لنفسه ثم اشتراط صرف
الغلة لنفسه في ابتداء
الوقف جائز بدون واسطة
عند أبي يوسف فكذلك يجوز
اشتراط صرف الغلة الى
نفسه انتهاء بواسطة اشتراط
صرف الغلة الى أمهات
أولاده ومديره وجه قول
محمد أن الوقف تبرع على
وجه التملك بالطريق الذي
قدمناه أي بطريق التقرب
الى الله تعالى فاشترطه
الكل أو البعض لنفسه
يبطله لان التملك من نفسه
لا يتحقق فصارت كالصدقة
المنفذة فإنه لا يجوز ان يسلم
قدراً من ماله للفقير على

(ولا يجوز ان يقسمه) يعني النقص (بين مستحق الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للوقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما ما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته كاشترطه لنفسه

بالوقف ولا يقرب به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعارنه بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه بابعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحق الوقف لانه من عين الوقف ولا حق له في عين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عاينه وقف الواقف أما فيما اشترط المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في سيرورته وقفاً خلافاً والمختار أنه لا يكون وقفاً للقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) فهذا ان فصلان ذكرهما القديري (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهرى ومن أصحاب الشافعي ابن سريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال) الرأي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرأي أي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة وقيل ان هلالاً أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحرير بل هو الرأي بنسب شديد الراء المهمة لانه من البصرة لامن الري والرازي نسبة الى الري وهكذا صح في مسند أبي حنيفة وغيره بقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعد على الفقراء أو بعضها وبعد للفقراء ثم (قيل ان الاختلاف بينهما ما بناء على الخلاف في اشتراط القبض) أي قبض المتولى فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا ليقطع حقه وما لم بشرطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسألة مبتدأة) غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جارياً فيهما على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات أولاده ومديره بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط

والحجيت

وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر

عطفاً على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعاً عن الجواز في الكل فكذلك اذا جعل بعض الغلة لنفسه

قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بينهما ما بناء على الخ) أقول في هذا البناء نوع تأمل ظاهراً لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازي قال المصنف وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح) أقول مخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطه لهم في حياته) أقول

ذكر الضمير في قوله لهم تغليباً لذكره على الاناث

وجه قول محمد رجه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قد مناه فاشترطه البعض أو الكل لنفسه يطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يبي يوسف ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحمل الا كل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزل أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

والحيط والذخيرة والتمتة وفتاوى قاضيان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رجه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا مهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولم يدبره كشرطه لنفسه بأن حرمتهم ثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعاً لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم أمال الوقف على عبيده وإمائته فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رجه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك) للغلة أو للسكنى (فاشترط البعض أو الكل لنفسه يطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بأن تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملوكاً على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بينا (ولا يبي يوسف ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحمل الا كل منها الا بالشرط) فان الاجماع على أن الواقف اذا لم يشرط لنفسه الا كل منها لا يحمل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا أن في مصنف ابن أبي شيبة حديثنا بن عينة عن ابن طاوس عن أبيه قال ألم تر أن حجر المدري أخبرني قال ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه جعل ملكاً لنفسه لنفسه) كذا قرر المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ينبغي أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لا الى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجهه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لاينا في ذلك (كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها) قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة (روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة قروى ابن ماجه من حديث المقدم بن معدي كرب عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو صدقة وأخرجه النسائي عن بقرية عن مجير بلفظ ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا حلالاً فاطعمه نفسه أو كساه فاقبضه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الا أنه قال فانه له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخبر جاء وأخرج الحاكم أيضاً والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى به عرضه قال أن يعطى الشاعر وذو اللسان المتقى وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبراني عن أبي امامة عنه عليه الصلاة

وقوله (ولا يبي يوسف ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحمل الا كل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبداً بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك والى قوله ولا يبي يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة

قال المصنف (وجه قول محمد رجه الله تعالى عليه أن الوقف تبرع على وجه التملك) أقول فيه نوع مخالف لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ولما قاله الشارحون من أن في الوقف اباحة المنفعة لامتلاكه كما سبق في الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد والوقف جائز والشرط باطل

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك جائز عند أبي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد والوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعقد به معنى التأييد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلاً في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله

والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شي فإلهالك الحديث فقد ترجع قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضاً نفى بقوله ترغيباً للناس في الوقف واختاره مشايخنا وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدث على الموت وعلى ديني يسد من غلة هذا الوقف بقضائه ما على تفضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاص اذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض منها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضاً معيناً كالنصف والرابع وكذلك اذا قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلاً سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أعيانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا ادرهما لتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سببه (قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضاً أخرى) تكون وقفاً مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهو لال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على أن أبيعها وأشتري بئها أخرى مكاناً وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط بمرة إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً وكذا ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعالم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمة إلا أن يجعله واذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانياً إلا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم بشرطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افادته الولاية لغیره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضى خان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا الشرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من أرض الى أرض فان أرض الوقف اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة بضمن قيمتها ويشتري بها أرضاً أخرى فتكون وقفاً مكانها وكذا أرض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تختمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الانصارى صحة الشرط لكن لا يبيعه إلا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه أنظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطاً فاسداً هو اشتراط عدم حكمه وهو التأييد بل هو تأييد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكن بيعه لاننا نقول حكم ذلك على وجه يتقضى فيه شرطه الذي شرط في أصل الوقف اذا لم يخالف أمر شرعي وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الأئمة كرمسألة ثم قال ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد ان كان يقضى به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو أريد تجوز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسناً والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسألة الكتاب أولاً عن شرطه فان كان خروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليه به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضى خان وان كان لا يملك بل انفق انه أمكن أن يؤخذ بمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعاً به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولانه

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

لا موجب لتجوزة لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا إذا لا تجب الزيادة فيه بل تبقىته كما كان ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل إلا في رواية عن أبي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي أن لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضيان أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه بصرح الشرط والوقف وبذلك الاستبدال إما بالشرط أشار في السير إلى أنه لا يملكه إلا بأذن القاضي ولا ينبغي أن محل الإجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه إذا شرطه وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل الاستبدال والافهوق قد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الانصاري ما إذا لم يشرط لنفسه ثم إذا اشترى البديل للوقف صار وقفًا ولا يتوقف وقفته على أن يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصي بالاستبدال لمن يوصي إليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثير أو على أن أبيعها واشترى بثمن أعبد انص هلال على فساد الوقف كأنه قال على أن أبطلها ولو اقتصر على قوله على أن أبيعها واشترى بثمن أرضًا جاز استحسانًا وإذا قال على أن استبدل أرضًا أخرى ليس له أن يجعل البديل دارًا وكذا على العكس ولو قال بأرض من البصرة ليس له أن يستبدل من غيرها إلا ما كن قد تختلف في جودة الأرض وينبغي أن كانت أحسن أن لا يجوز لانه خلاف إلى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئاً استبدل ما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغير فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا الواسية لمسكه أما الوضائع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضاً مما لا يكون وقفاً فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة وبضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقاً ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك البيع إلا بالنص أو بأرض تكون وقفاً مكانها أو إذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل وجه كان له أن يبيعها ثانياً وإن عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لأنها صارت وقفاً كأنه اشترى غيرها إلا أن يكون عمه لنفسه الاستبدال ولو ردت بغير قبض أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفاً وكذا إذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله أن يصنع بالآخر ما شاء ولو استحققت الأولى في القياس تبقى الثانية وقفاً وفي الاستحسان إلا أن الثانية كانت وقفاً بدلاً عن الأولى وبالأستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفاً ولو شرط لنفسه أن يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لأن في الوكالة وهو حي لو تمكن خله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل ما عاقف بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرده الواقف جاز لأنه هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضياً بلدين كل فيما كان لكل أن يتصرف وحده ولو أن أحدهذين القاضيين أراد أن يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال إذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والأقلا (قوله ولو شرط) أي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقفت داري هذه على كذا على أني بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الأصل المختلف فيه أعني شرط التسليم فإن محمد المباشر تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك أن شرط الخيار بفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فلما لم يشرط تمام قبض متول اتبني عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما مر وعند محمد الوقف باطل وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضاً (قوله وهذا) أي الخلاف (بناء على ما ذكرناه) إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف فإنه لما جاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حياً فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليرى النظر فيه وعند محمد لم يجر ذلك لم يجر اشتراط الخيار لنفسه أيضاً وبهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزاً باطل الخيار بعد ذلك لأن الوقف لا يجوز إلا بمؤبد أو بشرط الخيار يمنع التأبد فكان شرط الخيار شرطاً فاسداً في نفس العسقد فكان المفسد قوياً

(قوله فإنه لما جاز أن يستثنى إلى قوله أيضاً) أقول وفي الملازمة الأولى نوع تأمل

(قوله وأما فصل الولاية فقد (٦٠) نص فيه) أي فقد نص القدر في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف

بقوله وإذا جعل الواقف إلى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف لأن الولاية شرط أو سكت ولا على قول محمد لأن التسليم إلى المتولى شرط صحة الوقف فكيف يصح إن يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم إلى المتولى فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا لا شبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم الخ ومعناه إذا سلمه إلى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه إلى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيان وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط صحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالتسليم إلى المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا لا شبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبقى له ولاية فيه

السبب في أن الوقف كالاتفاق في أنه إزالة الملك لا إلى مالك ولو أعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا وإذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالا كراء على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فإن القبض ليس شرطاً فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق فإن القبض فيه ليس شرطاً والحاصل أنه إن تم له شرط التسليم في أصل الوقف تم له هذا وقدمنا ما فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيداً بل أن يكون معلوماً حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال إن بين الخيار وقتاً جازاً للوقف والشرط وإن لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم إذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو أبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لأن الوقف لا يجوز إلا بمؤبد أو بالخيار يمنع التأبد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فإن الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده إذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز في فتاوى قاضيان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف أرضاً على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيان أيضاً قال الفقيه أبو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى أرضاً فوقفها ثم أطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل إن يصنع به ما شاء (فروع) اشترى أرضاً على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفاً ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي القدر في (على قول أبي يوسف) حيث قال أوجب على الولاية إليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضاً) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه) فقال (وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا لا شبه أن يكون قول محمد لأن من أصله) أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبقى له ولاية فيه) فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وإن شرطها لنفسه لأنه ينافي هذا الشرط أحجب بوجهين أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولى فإن الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضيان ذكر محمد في السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم إلى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم إلا أن شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف فالتسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وإن لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في التهمة والذخيرة والآخر أن معنى قول محمد أن شرط الولاية لنفسه فهي أنه إذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضاً لأن شروط الواقف تراعى ومن

ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته من اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ولكن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط بولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كماله أن يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا اقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل

﴿فصل﴾

ضروره سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجد في موضع بخط ثقة وقد منفرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدلل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطاً لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبياً عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم يولى فيه من شاء من يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلاص الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو مخير للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولانه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلاً على ذلك فان القاضى ليس أقرب منه اليه والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضى لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه الى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينصب وليا وقوله (كن اتخذ مسجداً كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكن أعتق عبداً كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلا هل المحلة وليس الباني أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصبه ما من غيره كإيمارة قال أبو الليث وبه نأخذ الا أن يريد اماماً ومؤذناً والقوم يريدون الاصلح فلهم أن يفعلوا ذلك كذا في التوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن يخرج نظرا للفقراء كماله ان يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا اقاض ان يخرج عنه ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان الوجه جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما الى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحى في جميع الوقف وعن أبي حنيفة لا يجوز لانه انما رضى برأيهما وفيها الوجه جعل أرضه وقفاً فرض مرض الموت فجعل رجلاً وصى نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصى في الاشياء كلها

﴿فصل﴾ لما اختلفت المساجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعاً عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولى عند محمد أفرد به فصل على حديثه وآخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضاً ما لو اشترى أرضاً ثم افسد او قبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجداً قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضاً ثم افسد او بناها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة وصلى الله عنه وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال فاشتراط البناء له دليل على ان لا يكون مسجداً قبل البناء عند الكل وذكره لاله انه يصير مسجداً في قول

وقوله (ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته من اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ولكن أعتق عبداً كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط بولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كماله أن يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا اقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل

﴿فصل﴾ فصل أحكام المسجد عما قبله في فصل على حدة الخالفة أحكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ومنع الشيوع عند أبي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به ما لم يكن موصى به ولا مضافاً الى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكأنه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصديق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا أوصى به أو أضافه الى ما بعد الموت كان لازماً بعد موته

﴿فصل﴾

وأما بني مسجد المير ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وبأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) أما إذا فرز فلانه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلا نه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوحه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لانه لما تعذر القبض فقام بتحقيق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحدة فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق

وأما إذا قال جعلت أرضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فلا يزال له تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله (وعن محمد انه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهرية بأذان وإقامة حتى لو صلى جماعة بغير أذان وإقامة سر الا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد فان أذن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلاته على هذا الوصف كالجماعة

وإذا بني مسجدا

أصحنا فصار فيه رواية أن قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أبصار وابتان والفرق على أحدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا لو اشترى دار الهاشمية فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله وإذا بني مسجد المير ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه وبأذن للناس في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهم ما في رواية أخرى عنهما لا يزول إلا بصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قوله - ما فلان الملك لم يزول بمجرد القول فشي محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لان تعيينه لتحقيق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعة إليه غير أن المتولى بقاء مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك اذ ليس له غلة يستحقها الناس فاقم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك الصلاة المنفرد لان قبض الجنس متعذرا كتنفي بالواحد وعلى هذه الرواية اختلص الوصل الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكتفي لان الصلاة إنما تشتترط لأجل القبض للجماعة وقبضه من نفسه لا يكتفي فكذا أصلا له ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانها تتحقق في غير المسجد فكان تحقيق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها بأذان وإقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذنا وأما ما فاذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا بركه بعد صلاة المؤذن هذه ان تعاد بالجماعة لمن رأى بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى بفيد انه لو سلمه إلى متولى جعله له صح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المسايخ والوجه الصحة لان بالتسليم إلى المتولى أيضا يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه وجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سياتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا يبنى عنه والصدقة ليس معناها إلا التصديق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف يبنى عن الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيصدق به احتياج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فإنه ليس منبثا عن إبقاء الملك لاحتياج إلى القضاء بزواله فاذا أذن في الصلاة فيه فصل إلى كذا كرقاضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما انه لا يحتاج في جعله مسجدا إلى قوله وقفه ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفه أو حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قرية فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول ان العرف جار بأن الأذن في الصلاة على وجه العموم والتخليه بقيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما إلى ضيفه أو نثر ثارا كان إذا نفي أكله والنقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخليه والأذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف

وقوله (وقد ينه من قبل) إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابة وهو بيت (٦٣) يتخذ تحت الأرض للتبريد وقوله

(فله أن يبيعه) أي لا يكون مسجداً وهو ظاهر الرواية لأن المسجد ما يكون خالصاً لله تعالى قال تعالى وإن المساجد لله أضاف المساجد إلى ذاته مع أن جميع الأماكن له فاقضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز في الوجهين) يعني فيما إذا كان تحت سرداب أو فوقه بيت وعن محمد أنه أجاز ذلك كله أي ما تحت سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين وأنما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين منهما في الحكم سواء ليهتبا له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولأنه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد وقوله لما قلنا يعني من الضرورة قال (وكذلك أن اتخذ وسط داره مسجداً) وسط بالسكون لأنه اسم مبهم لذا خيل ضمن الدار للشيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح وقوله (ولأنه أبقى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجداً

وقد ينه من قبل قال ومن جعل مسجداً تحت سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به ولو كان السرداب لصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفلى مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعدى ذرته عليه وعن أبي يوسف أنه يجوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد أنه حين دخل الرى أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك أن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيه) يعني أنه أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطاً بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجداً ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد أنه لا يبيع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجداً وهكذا عن أبي يوسف أنه يصير مسجداً لأنه لما رضى بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقاً كما يدخل في الجارة من غير ذكر

اكتفينا بذلك كسئلنا والثاني أنه لو قال وقفته مسجداً ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجداً بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن في الصلاة أو لم يأذن ويصير مسجداً بلا حكم لأنه إسقاط كالاعتاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف أن كلاً من مجرد القول والأذن كما قالوا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجداً لما ذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجداً تحت سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهم ما ليس بمسجد (وله يبيعه ويورث عنه إذا مات) ولو عزل بابه إلى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقاً به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لأحد فيه حق قال الله تعالى وإن المساجد لله مع العلم بأن كل شيء له فكان فائدة هذه الإضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فبما ذكرنا ما إذا كان السفلى مسجداً فإن لصاحب العلو حق في السفلى حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتعدى عليه وتدا على قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا مأوئهن البناء إلا بأذن صاحب العلو وما إذا كان العلو مسجداً فلا نأرض العلو ملكاً لصاحب السفلى بخلاف ما إذا كان السرداب أو العلو موقوفاً لصاحب المسجد فإنه يجوز أن لا ملك فيه لا حد بل هو من تميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة أنه إذا جعل السفلى مسجداً دون العلو جاز لأنه يتأبد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فإن التأبد شرط وهو مع المقتضى وإنما ينبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لأن المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف أنه يجوز ذلك في الأولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الأماكن) كذا (عن محمد لما دخل الرى) وهذا تعليل صحيح لأنه تعالى بالضرورة (وكذلك أن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس فيه) إذا عاماً (له) أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ليس لأحد حق المنع منه وإذا كان ملكه محيطاً بجوانبه (الأربع) كان له حق المنع فلم يصير مسجداً ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن كل من أبي حنيفة ومحمد أنه يصير مسجداً لأنه لما رضى أن يكون مسجداً ولم يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق

(قوله وقوله وقد ينه من قبل إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف الخ) أقول وفيه بحث بل هو إشارة إلى قوله وإذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ

(قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجد عند أبي يوسف) الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما يبنى فان أبا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء واذا ترك الناس (٦٤) الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً وحكى ان محمداً من عزلة فقال

هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما يقبل بعوده الى ملك الباني يصير من بلة عند تطاول المدة ومن أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكاً فربما يجعله الملك اصطبل بعد ان كان مسجداً فكل واحد منهما ما استبعد مذهب صاحبه لما أشار اليه استدلال أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبادة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن ان يكون موضعاً للطاعة والقربة خالصاً لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصر ووالى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصره اذا استغنى عنه الآن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش ينقل الى مسجد آخر

قال المصنف (ولو خرب ماحول المسجد واستغنى

قال (ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصاً لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعناق ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجد عند أبي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني أو الى وارثه بعدموته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصر المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الآن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

وصار داخل بلاذ كر كما يدخل في الاجارة بلاذ كر (قوله ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضيان رجل له مساحة لانباء فيها امر قوم أن يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلاة فيها أبداً أو امرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكروا الا بانه أراد الابد ثم مات لا يكون ميراثاً عنه وان امرهم بالصلاة شهراً أو سنة ثم مات يورث لانه لا يد من التأييد والتوقيت ينفيه ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما اذا أطلق الا اذا عرفت الورثة بأنه أراد الابد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم عما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقاً للعامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضرب الطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للعامة اهـ يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً وكذا على القلب ويجعلوا الباب أو يحسد نواله باباً آخر ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولا يهله ذلك وله أن يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولى الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبنى حوانيت في المسجد أو في فناءه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنات سقط حرمة المسجد وأما الفناء فله تبع للمسجد (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان في قربة تخربت وحولت مزارع يبقى مسجد على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي أن عمر كتب الى أبي موسى لما نفق بيت المال الذي بالكوفة أنقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود الى ملك الواقف) ان كان حياً (والى ورثته) ان كان ميتاً وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه (عينه) لقرية وقعة دانقطعت فينقطع هو أيضاً وصار كحصر المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه (وقد يله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذة) وكما لو كفن ميتاً فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك ما ملكه

عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف الى قوله وعند محمد يعود الى ملك الباني) أقول قال الكاكي حكي أن محمداً من وكهدى عزلة فقال هذا مسجد أبي يوسف وأبو يوسف مر باصطبل فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما يجعله اصطبل لا يمرور الزمان انتهى في توجه طعن أبي يوسف تأمل فان الاستبعاد في بقاءه مسجد على تلك الحال كما في المزلة على قول أبي يوسف وليس الاصطبل كذلك عند محمد فانه خرج عن أن يكون مسجداً فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان

وكهدى الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع به ماله ما شاء واستدل أبو يوسف
 وجهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا أن لقائل
 أن يقول القربة التي عرفت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان
 كان لا يصح منهم لكفرهم على أن الايمان لم ينقطع من الدنيا رأسا فقد كان لمثل قس بن ساعدة أمثال
 فالوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالمعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا
 الاسباب بوجوب تجديد الملك فماله يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الاحصار فليس يلزم لانه
 لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى
 المستعير بعود الى المعبر وأما الحصر والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود الى ملك
 متخذ بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولأنه ما جعله مسجداً يصلي فيه أهل تلك المحلة
 لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقاً أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيد
 لانه يمكن أنه أمره بالتخاذه في المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث
 المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيساً في سبيل الله فصار بحيث لا يستطيع أن
 يركب يباع ويصرف عنه الى صاحبه أو ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر
 يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاة ومغتسلاً ووقفاً في محلة ومات أهلها كلهم
 لا يرد الى الورثة بل يحتمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبوارى أنها
 لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه
 لتفرق الناس عنه انه يصرف أو قافه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين
 أبي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخراب المحلة والقربة وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف
 وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافاً
 لأبي يوسف وكذا حائوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن
 الوقفية وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطعة وكذا الرباط
 اذا خرب يبطل الوقف وبصير ميراثاً ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناؤه للباني وأصل الوقف لورثة
 الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه
 وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للتولي بيعها
 ويشترى بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين
 فللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله يرجوعه الى ملك الواقف
 وورثته بمجرد تعطله وخرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت
 غلته دون غلة الاول وكذا للتولي أن يبيع من تراب مسبله اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضي خان
 وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر
 بشئ قليل يبقى أصله وقفاً انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصور كوما وهي بحيث لو نقل
 نقضها استأجر أرضها من بني أو غرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع
 منها اليه الا النقص فان قلت على هذا تكون مسألة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه
 بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهم يدام به بخلاف هذه فان المراد
 وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهم يديم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ
 عنه في يد القائم بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا بيس بعض أشجار
 الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئاً من ثمن النقص ولا من

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يرل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله إذا التسلیم عنه ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد إذا استنق الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنيب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى من يكتسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولي له عرفاً وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولي لأنه لو نصب المتولي بصره وان كان بخلاف العدة ولو جعل داره

وقوله (ومن بنى سقاية أو خاناً) ظاهر وقوله (بخلاف المسجد) يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليساً بشرط في المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعني أن التسليم يحصل بالاستتقاء والسكنى والتزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (في هذه الوجوه) أي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (ويكتفي بالواحد) ظاهر

عنه بوجه من الوجوه لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلبة بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو اجارة الأرض بشيء ولو قليلاً فعل وحفظه لعمارة ما بقي ولو خرب الكل وتعذر أن يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يرل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه إلى متول (لأنه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى أنه ينتفع به) في الحال (فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما في الوقف على الفقراء) بل أولى لأن الثابت في كل منه ما لفظ بنى عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعاً به بين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستنق الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرناه) من سكنها الخان والرباط إلى آخره (ويكتفي بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتفزه (والحوض) يزول الملك إذا استنق منهم ما واحد أو شربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقاً يشترط فيه مرور واحد بانه على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين تلزم مرور واحد ولا يكون بناؤها مبرأناً (ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه) أعني السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لأنه) أعني المتولي (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أي تسليمه (كفعلهم) أي تسليمهم (وأما في المسجد فقيل لا يكون تسليماً وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بأنه) أي المسجد (يحتاج إلى من يكتسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متول له عرفاً واختلف في المقبرة فقيل لا يكون تسليماً وقيل لا يكتفي في إزالة الملك عنه التسليم إلى متول (لأنه لا متولي له) فلا يزول الملك إلا بالدفن فيها (وقيل كالتساقية فيصح التسليم إلى المتولي) (قوله ولو جعل داره

بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتبرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للسكاكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمراطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة تحمل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول والغنى لا يحتاج إلى صرف هذا الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

بمكة سكنى للحاج والمعتبرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للسكاكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمراطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولى كقول أبي يوسف وعند أبي حنيفة أنه أن يرجع مالم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لا يرجع إلى المحمل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم إذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينشئها لأن النش حرام ولكن يسوى الأرض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى في ذلك كما على خلاف قول أبي حنيفة رضى الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتنفارق المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لأن موضعها لم يدخل في الوقف لأنه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فإن الأشجار والبناء إذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً ولو بنيت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وإن لم يعلم فالرأى فيها للقاضي إن رأى بيعها وصرف عنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الأرض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالأشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلاً غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد أو في أرض موقوفة على رباط مثلاً فهي للوقف إن قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لأنه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارساً للوقف ولو غرس في طريق العامة أو على شط النهر العام أو وسط الحوض القديم فهي للغارس لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعهما فنبت من عروقها أشجار فهي للغارس ولو بنى رجلاً في المقبرة ينال الحفظ اللبن ونحوه إن كان في الأرض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل القرية لكن إذا احتج إلى ذلك المكان يرفع البناء ليقر فيه ومن حفر لنفسه قبراً فغيره أن يقر فيه وإن كان في الأرض سعة إلا أن الأولى أن لا يوحشه إن كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الأول إن كان في المكان سعة وذكر الناطق أنه بضمن قيمة الحفر لجمع بين الحقين ولا يجوز لأهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فإن كان فيها حشيش يحش ويخرج إلى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فإنها تحمل للفقراء دون الأغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف) فإن الواقفين من (أهل العرف) يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول) لأن الغنى لا يقدر على استحباب ما يشربه في كل مكان ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناء بالفقراء لأن العرف على أن بناء الرابطة للفقراء وهذا فصلان في المتولى والموقوف عليه

الفصل الأول في المتولى قالوا لا يولى من طلب الولاية على الأوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد والمتولى أن يشتري بما فضل من غلة الوقف إذا لم يحجج إلى العمارة مستغلاً ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى

وقوله (سكنى لحاج بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى الحاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامراً تهجرون والثغر موضع الخفاة من فروع البلدان ويقال رباط الجيش أقام في الثغر بأزاء العدو وروابطه ورباطاً والله سبحانه وتعالى أعلم

جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصباً أو باذن المتولي بلا أجره كان عليه أجره مثله سواء كان ذلك معدداً
 للاستغلال أو غير معدله حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر
 فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجره مثله وللمتولي أن يستأجر من يخدم المسجد
 بكنسه ونحو ذلك بأجره مثله أو زيادة يتغابن فيها فان كان أكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه
 ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله
 على حاجة الوقف ولو أدخل جنداً من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا أنفق على الصغير وله
 أن يشتري من غلة المسجد دهنًا وحصى أو آجرًا وحصا الفرس المسجدان كان الواقف وسع فقال بفعل
 ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل
 من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة
 الوقف وذكر الناطقي وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبزره بأمر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة
 على الوقف فصح بأمره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع
 أما اذا كان في يده مال الوقف فاشتري ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشتري
 ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وائس له ان يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها المهرين ضمن أجره
 المتسل ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويرأى عن الضمان
 ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامناً للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة
 فاحتج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه
 الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبنى على باب المسجد ظله لدفع اذى
 المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح
 والاصح ما قاله ظاهر الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصلح المسجد سواء واذا كان على عمارة
 المسجد لا يشتري منه الزيت والحصى ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف
 وقفاً ولم يجعل له متولياً حتى حضرته الوفاة فأوصى الى رجل قالوا يكون وصياً وفيما هذا في قول
 أبي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قوماً
 ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قوماً في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على
 جعل رجل قوماً بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ
 في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القيم الى القاضي ~~لكن~~ لا يضمن ما أنفق في العماره
 من غلاته اذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق لانه اذا لم تصح ولايته فانه غاصب والغاصب اذا أجر
 المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضيخان وأنت تعلم أن المفتي به تضمين غاصب
 الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على أرباب معلومين فان لهم أن ينصبوا متولياً من أهل الصلاح لكن
 قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا
 وينصبوا لهم وليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غيره وهذا يختلف بحسب
 العرف في معنى المشرف وللمتولي أن يفوض الى غيره عند موته كالوصي له أن يوصي الى غيره الا انه
 لو كان الواقف جعل لذلك المتولي ما لا يسمى لم يكن ذلك لمن أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع
 بعمله ليفرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي أن يجعل للذي
 أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لان الواقف في هذا ما ليس للحاكم وكذا اذا أخذ المتولي
 من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث هذه
 احداها والثانية اذا أودع السلطان الغنمية عند بعض الغائبين ومات ولم يبين عند من أودع والثالثة

القاضي اذا اخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه أمواله كان القاضي
أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكروا هشام عن محمد انه بضمن ولو قال قبل موته ضاع
مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أمواله مات قبل أن يقول ضمن وكذا الوبايع
المتولي دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فإنه يكون دينافي تركته وللناس أن يأخذوا المتولي بتسوية
حائط الوقف اذا مال الى أملا كهم فإن لم تكن له غلة يرفع الى القاضي ليا أمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن
يبني قرية في أرض الوقف لا ككرة وحفاظها واجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الأرض
متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فإن كان زراعتها أصح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اقراض
ما فضل من مال الوقف قال ان كان أحرز الغلة أرجو أن يكون واسعاً ولا يؤجر الوقف اجارة طوبى له وأكثر
ما يجوز ثلاث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولي أرض الوقف
وقال زرعتم انفسى وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا نقصان الأرض
وليس عليهما أجر مثل الأرض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فإن قال ليس للوقف مال ازرعها به بأمره
بالاستدانة لذلك فإن قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فإن قالوا لا يمكننا بل نزرع لا نفلسنا
لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرج عنه إلا أن يكون غير مأمون ذكره هذا المسئلة
بفروعها في فتاوى قاضيهان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاص لان
دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علمته عاد اليه النظر ولناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه
من أمر الوقف ويجعل له من جعله شأؤله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع
الى القاضي في النصب ولو أخرج حاكم قضايات أو عزل فتة قدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك
القاضي أخرجه بلا خجة لا بدخلة لان أمر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه أن يقيم عنده بينة انه
أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا لو أخرجه افسق وخيانة فبعد مدة أناب الى الله
وأقام بينة انه صار أهلاً لذلك فإنه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الأمر والنهي
بالمصالح وبصرف الأجر من مال الوقف للجهة بأيديهم ولذا قلنا الوعى أو طرش أو خرس أو فليج ان كان بحيث
يمكنه الكلام من الأمر والنهي والاخذ والاعطاء فله الأجر الذي عينه له الواقف ولناظر في الوقف على
الفقراء أن يعطى قوماً مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا بدخل كثره بحيث يحاصصونهم
وفي وقف الخصاص ان حكم القاضي أن لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره ومالم يسكن بذلك له أن يعطى غيره
ويجزمه لان في كل منهما تقييد بشرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شروط
حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين وكذا على زيد
وعمر فردا أحدهما أو ظهرانه كان ميتاً فنصيبه للمساكين وكذا اذا رد جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود
ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أموالاً قال لا قبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فإنه يجوز وحسنه من
هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشار كهم فيما بعدهما ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يرد هابل بعدها
على ولده وقوله على ولد فلان أبداً ما تناسلوا فرد الموقوفون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من
الفقراء اليهم الا أن يردوه ولو ردوا أحد منهم فقط فالغلة كلها من قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف
مال الوصي بثلثة لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فردوا حصته لورثة الموصى وهذه مما افرق فيه
الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرد فلان لم يعمل رده في رد مال ولده صغارا
كانوا أو كبارا وقف على ولده ثم للمساكين فلو ولد صلبه يستوى فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفاً مادام
واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان

كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم إذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم للمساكين اشتراك فيه الصليبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضيخان وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجدهم يقوم برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلاثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم يموت الموصي كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكانهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الاثمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده و بنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنة لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الاثمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا ولد ابنة وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان مخاطبتهم به بخلاف ما اذا لم يضاف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكور بخصوصه واذا عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولاد فيجب فيما لو قال على الذكور من أولاد وأولاد أولاد إدخال ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولدي صرفت الى أولاده أبدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحدا ويستوى الاقرب والابعد الا أن يرتب الواقف ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل التسلسل كله كذا كرات الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي وأولادهم وله أولاد أولاد مات آباءهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الأولاد الموجودين لانه لما قال بعد موت أولئك على أولادى فانما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادى وأولاد أولادى لا موجب اقصره على الأولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادى وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فئات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقيين من اخوته بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من سواء ولو قال على بنى وله ذكرا ان صرف اليهم ما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كل اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء غير أنه يشكل بأولادى فانه يصرف للواحد الكل الا أن يكون عرف في أولادى يخالف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادى ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجاز أبو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود بالجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بنى واختاره هلال وعن أبي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على بنى تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بنى أب يحصون أما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرأة من بنى فلان انتهى يعني فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له البنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بناتى لا تدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من أدركه خروج الغلة عالقاً في بطن أمه حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعداً لا يستحق لانا نتيقن بوجود

الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلومات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة أمالو
 جاءت أمته بولد لاقبل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه منهم في الاقرار على الغير أعني باقي المستحقين
 بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولومات الواقف من غير تخال وقت يمكن فيه الرجوع الى
 أهله فجاءت بولد لستين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها أعقب الوقف
 بلا تخال مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من جل
 حدث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حيا وقال بعضهم يوم يصير الزرع منته قوما ذكره
 في فتاوى قاضيخان وهذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاص يوم طلعت الثمرة وينبغي أن يعتبر وقت
 أمانه العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة
 أرض الوقف لمن يزرعها نفسه بأجرة نستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار
 ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق
 هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على أصغر ولدي أو العبدان منها أو العور فان الوقف
 يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والاممي يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلا
 وبغداد يعتبر ساكني البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه
 لا يمتثل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقرو ساكني البصرة يمتثل العود بعد الزوال ولو قال من
 خرج بسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامي على أن من تزوجت سقط سهمها
 فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف
 حال حصته بعد موته يقسم على الباقيين فقد تنتقض القسمة في كل سنة ويعطى الغني والفقير من الاولاد
 الا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم من ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يثبت عند القاضي ولو تعارضت
 بينا فقره وغناه حرم نفقه عالبينه غناه لانها أكثر اثباتا ومن ولد لاقبل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة
 لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها
 واستحق عند الخصاص لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن
 افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفي وقف الخصاص رجه الله لواجتمع عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى
 قوم واقتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم
 استغنى فأعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعده او كذا
 لو خص عيمان أولاده ونحوه تعينوا والمحتاج الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض
 أو دار يستغلها وان لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها وينفق منها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار
 التي يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكنها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم
 السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغني والفقير منهم الا أن يختص الفقراء كما ذكرنا
 وأما غيرهم قال شمس الأئمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصيب على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحرصون أولا
 يحرصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحرصون
 فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحرصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة
 استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون
 أغنيائهم فأنبنى على هذه مالو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو
 على نعيم أو بني هاشم لا يجوز شي من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا يميز في
 الاستعمال ونص الخصاص على ان الوقف على الزنى والعبدان والعور ان باطل من قبل أنه ينتظم الغني
 والفقير وهم لا يحرصون وكذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك

باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة أنه يصح على الزماني والعميان وقراء القرآن
والفقهاء وأهل الحديث وبصرف الفقراء منهم كاليتامى لاشتمالهم على الحاجة استعمالاً لان العمى
والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق
الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهي ما إذا جعل
غلة أرضه وقفاً على الغزاة أنه يصح وبصرف إلى فقراء الغزاة مع أن اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم
لا يخصصون غير أنه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على حوازه على الزماني ويدفع لفقرائهم وصرح في
وقف الخصاص بصحة الوقف على أرامل بنى فلان وأنه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن
يحصين أو لا وهو للفقراء منهم إذا كانت بالغة فن أعطى منهم أجزاً والأرملة المستحقة كل بالغة كان لها
زوج وطفلهما أومات وخالفوا في الأباي فإذا وقف على أبي بنى فلان وبعدهن للمساكين أو أباي قرابتي
أن كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وأن كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والأيم
المستحقة كل أنى جومعت ولو بفجور ولا زوج لها بالغة أو لا ولو قال على كل نيب من بنى فلان أو من
قرابتي فإن كن يحصين جازهن ولكل من يحدث منهم وإن كن لا يحصين في وقت قسمة من القسم فهو
باطل والغلة للمساكين والنيب كل من جومعت ولو بفجور ولها زوج أو لا وإن لم تبلغ ولا بكر قرابتي
أو بنى فلان فإن كن يحصين فهو لهن ولم يحدث أبداً وإن كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو
للمساكين والبكر من لم يجامع وإن كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يخصصي ممن ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف
لو قيد فقال للفقراء منهم جاز ومن أعطى أجزاً كالوقف على الأقارب وقف على أهل بيته ثم المساكين
دخل الغنى والفقير ممن يناسبه إلى الأب الذي أدركه الإسلام أسلم ذلك الأب أولاً من كان موجوداً حال
الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لأقل من ستة أشهر من محي الغلة ولو كانوا
مرفوقين لقوم أو كفاراً أو ذميين ولا يدخل في ذلك الأب ويدخل أبوالواقف وأجداده وولده وأصلبه وأولاد
الذكور منهم وإن سفلوا ولا تدخل أبناء البنات من ولده إلا إذا كان آباؤهم ممن يناسبه إلى ذلك الجد الذي
أدركه الإسلام ولا يدخل الواقف ولا أولاد عماته ولا أولاد أخواته إذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله
على آل وجنسى كآهل بيتي ولا يخص الفقراء منهم إلا إن خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر
منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيراً وقت الغلة وإن كان غنياً وقت الوقف ولا يتقيد عن كان غنياً فافتقر
على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه إلى أقصى أب في الإسلام من قبل أبيه أو إلى أقصى أب له
في الإسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبوالواقف ولا أولاده وأصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر
الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والخالات والأجداد العلون والجدات ورجى
وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عمالي يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد والجدات
ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم وإذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتي فإذا انقرضوا فعلى
قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابتي فإذا انقرضوا فعلى
أهل بيتي لم يصح ومثله لو قال على اخوتي فإذا انقرضوا فعلى اخوتي لأبي وله أخوة متفرقون إذ بعد انقراض
الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثمهم عند أبي حنيفة رضى الله عنه
الملاصقون فهو لجميع من في كل دار لاصقة منهم من الأحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت
الأبواب أو بعدت وعند أبي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فإن جمعهم محلة واحدة
وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة إن كان المسجدان صغيرين متقاربين فإن تباعدا وكان مسجد
عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد بنهم الملازقون السكان سواء كانوا مالكيين
لدار أو لا وسبب أنى بقية هذا أن شاء الله تعالى ولا يدخل الأرقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في
الجار بطل حقه من الوقف

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلامهما من قبيل الملك والبيع في اللغة تملك المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحاً يقال باع الشيء إذا شراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولاشتماله على الأنواع الآتية ذكرها جمعوه وجوازها ثابت بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع وبالسنة فإنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقرّرهم على ذلك والتقرير بأحد وجوه السنة وبالإجماع فإنه لم ينكره أحد من الملمين وغيرهم وبالمعقول وهو سلب شرعيته فإن تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك وشرطه من (٧٣) جهة العاقلين العقد والتميز ومن جهة

المحل كونه مالا متقوماً مقدور التسليم وحكمه إقادة الملك وهو الفدرة على التصرف في المحل شرعاً فلا يشكّل بتصرف المشتري في البيع قبل القبض بالبيع فإنه ممنوع مع كونه ملكاً لأن ذلك التصرف ليس بشيء مطلقاً انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المنعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وأنواعه باعتبار المبيع أربعة بيع السلع بثمنها وبسبب مقايضة وبيعها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالدين ويسمى سلماً وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت

كتاب البيوع

كتاب البيوع

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة إلى حقوق الله تعالى خاصة وحقوق العباد خاصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمع فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخاصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الأبواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعني البيع على الوقف ووجهه أن الوقف إذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا إلى مالك وفي البيع إلى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فدفعه في التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فإن ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر تقدير أدبه المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقدير أدبه المعنى وهو الأصل فجمعه باعتباره أنواعه فإن البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالدين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ومراجحة وتولية ووضع وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه إذا أخرج العين عن ملكه إليه وباعه أي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالطرف باع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال نحر الإسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اهـ والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضي وإن أخذ غصباً أو أعطاه شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشربوه بالصدق وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقرّرهم عليه والإجماع منه عقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك أن الإنسان لو استقل بانهاء بعض حاجاته من حرث الأرض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذر يته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك وفي الكتان والصوف للبس وبناء ما ينظر من الحر والبرد إلى غير ذلك فلا بد من أن تدفعه الحاجة إلى أن يشتري شيئاً

إلى الثمن السابق والمراجحة والتولية والوضعية وسيأتي تفسيرها

(١٠ - فتح القدير خامس)

كتاب البيوع

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجع (قوله فإن تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوماً) أقول التقوم شرط البيع الصحيح والـ كلام فيما يبيع الفاسد أيضاً (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة ما يجبر به مطلقاً عوضاً أو عقاراً لا ما يقابل العقار فلا يحتل الحصر وسيجيء في هذا الكتاب بعدد ورقتين تعميم السلع للدور والعييد والشياب

قال (البيع ينقذ بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر
اشتريت لان البيع انشاء تصرف

ويتبدى من اولى شيء فلو لم يشرع البيع سبباً للتملك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة
أو البؤس والاحتكاك أو بصبر حتى يموت وفي كل منهما ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار
ما لا يقدر عليه كل أحد ويرى بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكافئين المحتاجين ودفع حاجاتهم على
النظام الحسن وشرطه في المباشر التميز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة
وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره في البيع كونه ما لا متقوماً شرعاً مقدور
التسليم في الحال أو في ثأني الحال فيدخل السلم وقد قالوا بشرطه منها بشرط الانعقاد وهو التميز والولاية
وكون المبيع متقوماً ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على
الاجازة من له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال
على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعاً وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلاً غير قول
كافي التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا بائناً وقد لا يكون فان لفظ بعث مثل ليس عليه ثبوت الرضا
بل أماره عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للطرف كذا يتحقق بعث واشتريت ولا رضاء كما في بيع
المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهومة البيع الشرعي بل شرط ثبوت
حكمه شرعاً (قوله البيع ينقذ بالايجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع
لم أسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم
حكمه وأما قلنا هذا لانه قال ينقذ بالايجاب والقبول فجعلنا ما غيره يثبت هو به ما مع ان البيع ليس
الا بالايجاب والقبول لانهم ما ركناء على ما حققناه آنفاً من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر
أن المراد بالبيع هنا ليس الانفس حكمه لانه في ذلك الحكم وما قبل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر
في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه
هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالتحقق من الشرع ليس الا بثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين
عند وجود الفعليين أعني الشطرين بوضعهما سبباً له شرعاً وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها
الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب
أغية الاثبات لا شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من
البائع كبعث أو من المشتري كان يتبدى المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني
والا فكل منهما الايجاب أي اثبات فسمى الاثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا
ورضاء بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب أن يراد
بقوله ينقذ بيبث أي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على
وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان من
الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله ثم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع
اركبها بمائة واللبس بكذا رضاء بالبيع وكذا اذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولا
بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي في جعل مسألة
القبض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضيخان قال اشتريت
منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرق فجاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا
فاقطعه لي قبضاً فقطعه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر
اشتريت) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً

قال رحمه الله (البيع ينقذ
بالايجاب والقبول) الانعقاد
ههنا تعلق كلام أحد
العاقدين بالآخر شرعاً
على وجه يظهر أثره في المحل
والايجاب الاثبات ويسمى
ما تقدم من كلام العاقدين
ايجاباً لانه يثبت للآخر
خيار القبول فاذا قبل يسمى
كلامه قبولا وحيث لا
لاخفاء في وجه تسمية
الكلام المتقدم ايجاباً
والمأخر قبولا وشرطه أن
يكون الايجاب والقبول
بلنظيرين ماضيين مثل أن
يقول الموجب بعث والمجيب
اشتريت لان البيع انشاء
تصرف شرعي

قال المصنف (البيع
ينقذ بالايجاب والقبول
الخ) أقول يجي من المصنف
في آخر باب ما يجب فيه
الشفعة وما لا يجب ان
حد البيع مبادلة المال
بالمال بالتراضي

وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة
وأما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لا يكون الا منه
والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار انشاء في الانشاء فينعتقد به هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء الى ذلك وهو أن يقال
وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي والاخر بلفظ المستقبل)
وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان
لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا يباع وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان أو
أحدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينعتقد بالبيع وأسنده ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي
ثم قيل في تعليقه لان صيغة الاستقبال تحتل الحال فصحت النية وقيل لان هذا (٧٥) اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال

ضرب تجوز وفيه بحث لان
المذكور لفظ المستقبل
وهو انما يكون بالسبب
أو سوف وهو لا يحتمل الحال
ولا وضع له فان أراد الشيخ
من لفظ المستقبل ذلك فلا
خفاء في عدم انعقاد البيع
به ونية الحال غير صحيحة
لعدم مصادفتها للحال وان
أراد ما يحتمل الاستقبال
وهو صيغة المضارع فيجوز
أن يقال انه لم يقل بالجواز به
وان كان بالنية لانها انما
تمثل في المحتملات لاقى
الموضوعات الاصلية والفعل
المضارع عند الفقهاء
حقيقة في الحال على ما عرف
فلا يحتاج الى النية ولا
ينعقد به لما مر من الاثر
والمعقول لا يقال سلمنا انه
حقيقة في الحال لكن النية
انما هي لدفع المحتمل وهو
العدة لا لارادة الحقيقة لان

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعتقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ
المستقبل والاخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك

(والانشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) الا (بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد
لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقوله من الانشاء التمني والترجي
والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه بطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكر وغيره
مما يبينه ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي وما ليس علة لترجي ذلك او تمنيه بل دال على الترجي
والتمني القائلين بالتكلم كانه أخبر عن قيامه بما به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا
بخلاف بيعت وطالق فانه علة تثبت به شرعا معان لا قدرة للتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا
الوجه لا يمكن الا من له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا أو لا واذا كان
الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر
أي وضعه علة لا لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعتقد أي يثبت به وأما تعليقه بان لفظ الماضي أدل على
الوجود فانه لا يصدق الابتهاق الوجود سابقا فاختيره فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل
الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما يستمع (قوله)
ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد
بمجرد ذلك أما البيع فاذا قال بعنيه بألف فقال بعثك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا
ونحوه مما قال الطحاوي انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقد مر الفرق هناك) يعني قوله لان هذا
توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممثلا أمر الموكل من وجاله ووليها من زوجها والواحد يتولى
طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقد مرنا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح
لا يصرح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتأمل واستخارة غالباً فلا يكون لفظ طلبه أعني زوجني
مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسهوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا
يتم العقد بمجرد جواب الآخر على هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلا وأما الفرق بان
رد النكاح بعد ايجابه بلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبني على جعل الامر فيه ايجابا ثم فيه نظر

المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لأن الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على أنه دافع للعقول دون الاثر فان قيل فما
وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب أن يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي
والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية فقوله بخلاف النكاح) يعني انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك
انه قد وقدم الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار الخ) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضي
والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول في جميع العقود وفي غير البيوع والاول مخالف لما نذكره
في توجيه كلام شرح الطحاوي والناسي لا يتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أي في البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز)
أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضا

وقوله رضيتم بكذا أو أعطيتمك بكذا أو أخذتم بكذا في معنى قوله بعث واشترت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعترف في هذه العقود

قال رحمه الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بيع واشترت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بيعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت أي المبيع بذلك الثمن انعقد لا فائدة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بيعت بذلك فخذه لانه أمره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالمبيع فقد تر المبيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بيعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كافي المفاوضة اذا لم يبيننا جميع ما تقتضيه ولهذا

(قوله لأن المعنى هو المعتبر
الخ) أقول فيه أن الاعتبار
في المعاوضة أيضا للمعنى كما
صرح به المصنف هناك
ومساس الحاجة الى اللفظ
انما هو لبعده عن علم العوام

لأنه لو صح لزوم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لأنه أبضا شين وانكسار لمحققهم وهذه
ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيه - ماعن الإيجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما
إيجابا الخامسة إذا قال اعبد الله واشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي
هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة قال اصاحب الدين أبرئني عمالك على من الدين فقال أبرأتك
تمت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان فلان قال كفلت تمت الكفالة فإذا كان غائبا
وقدم وأجاز كفالاته جاز واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصا دقا على نية الحال أما إذا تصادقا
على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره
في التحفة في صفة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره
الطحاوي لأن المضارع في الأصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز اه وعلى هذا ينبغي
أن يقبل قوله إذا ادعاه وكذبه الآخر لأنه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله
بعتني أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا
أو أعطيكه فقال اشتريته أو أخذته ونويا لا يجب للحال والحق أن المراد بالمستقبل الذي ينعقد به نية
الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والافالختمار أنه موضوع للحال وأما الامر فلا
يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع أنه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لأنه انشاء وبينه وبين
الأخبار كمال انقطاع فلا يتجوز به فيه فلا يقال بعنيته والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله أخذته بكذا
فينعقد لثبوت الإيجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز
به في معنى بعثك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي
العقد في البيع مخصوص منه الاب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصى عند أبي حنيفة إذا
اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويستي بما إذا
لم يكن نصبه القاضي (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت
أو قال بعثك بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها
البيع لا فادتها اثبات المعنى والرضاه وكذا اللفظة أخذته بكذا ينعقد به إذا قبل بان قال أخذته ونحوه لأنه
وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الامر بالأخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي
الآن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء أخذته سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما إذا قال
بعثك عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق
وانما صح بهذه ونحوها (لأنها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) ألا يرى إلى ما قالوا
لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار وهذا العبد شيوك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا نعم قال
في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما مقام مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ
مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بالنية ليس غير فإذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ
بالنية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا إذا أراد به وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الانعقاد
به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هز لا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم
تقيده بما إذا لم ينو به فإنه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره بالنية ومن الصور
اللفظة نعم تقع إيجابا في قول المستفهم اتبعني عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم وكذا
أبيعك ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا إذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراضاة

ولو قال هولاك بألف إن وافقت أو أن أعجبك أو أن أردت فقال وافقتي أو أعجبني أو أردت اننعقد ولو قال بعثك بكذا بعد وجود مدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صحيح وكذا على العكس وكذا إذا قال بعدم معرفة الثمن إن أدبت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جازا استحسانا ﴿فروع﴾ في اختلاف الإيجاب والقبول قال بعثك بألف فقال اشتريته بألفين جاز فإن قبل البائع الزيادة ثم بألفين والاصح بألف إذ ليس له ولاية إدخال الزيادة في ملكه بلارضاه ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعثك بألف جاز كأنه قبل بألفين وخط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم ينععه لزوم بعشرة فلو كان في يد المشتري من أول الأمر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم بآخرهم كلاما مطلقا ولو قال بعثك بألف بعثك بألفين فقال قبلت الأول بألف لم يجز لأن البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعتاق فإن قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بألفين والألف زيادة إن شاء قبلها في المجلس وإن شاء ردها وكذا بألف بمائة دينار إنما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والأول في الزيادات وهو أوجه وإذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري (قوله ولهذا ينعقد) أي ولأن المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطي في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي أنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالقبل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الإيضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الأصل في مواضع اه وفي شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام في رجل قال لرجل بعني هذا العبد فلان فاشتراه ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال يأخذه فلان فإن قال لم أمره وقد كان اشتراؤه لم يكن له إلا أن يسلمه المشتري له فإن سلمه وأخذه الذي اشتراه كان بيعا الذي أخذه من المشتري وكان العهد عليه أي لا أخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دفانير فساومه بالدفانير ولم يقع بيع ثم فارقته فجاءها فدفعها إليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقته ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشيء وليس معه وعاء ثم فارقته وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز ومن صورته ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست أياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللأمة وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فخلف الخياط أنها هي وسعها أخذها ومنها قول الدلال للبراز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطقي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي وكذا إذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أرطال فوزنه له الخيار لأنه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه البكار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم البيع واختاف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر ومنها الوردة بخيار العيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها

(ولهذا) أي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقيق) المقصود وهو التراضي وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالقبل وأمثاله ثم إن محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحقيقه

قال المصنف (لتحقق المراضاة) أقول سيصرح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وفي النهاية في فصل ما يتحمله الشاهد التعاطي بيع حكى وليس يبيع حقيق

قال رحمه الله (واذا أوجب) إذا قال البائع مثلاً بعثك هذا بكذا فالآخر بالخيار إن شاء قال في المجلس قبلت وإن شاعرد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتفى التراضي فصار رضاه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للوجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حق الغير فإن قيل سلّمناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم يخصر في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن إبطال حق الغير (٧٨) فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته

بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا يفتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول فإن المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لأن حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لا انتفاء ما هو أقوى منه (قوله وإنما يمتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم لا يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع وفي التوقف على المجلس يسيراً ما جميعاً والمجلس جامع للفرقات كما تقدم في أول الكتاب فعملت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقاً للسري فان قيل فلم لا يكون الخلع والعق على مال كذلك فالجواب أنهما اشتلا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان

قال (واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع) فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاعرد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فلموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقاً للسري

ورضى فهو بيع بالتعاطي (قوله) وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع) فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاعرد) وللوجب أيهما كان بائعاً ومشترياً أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ألا يرى أن اللاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل وأوردي الكافي الزكاة المحجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وإنما الفاتت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه ثم الأمر وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موجوداً وله أن يقبل مادام المجلس قائماً فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشي جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب فاضحيان حيث قال فان قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الاعراض قلنا الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهنالك يبقى فان الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن للمجلس أثر في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تباعا وهما عيشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهم ما إذا كانا عيشيان مشياً متصلاً لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف ما لو أكملها أربعاً ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكلا ولو ناما جالساً لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما نهى فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدوا وهي تجرى فأجاب

الآخر

ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيهما على ما وراء المجلس

(قوله وهذا لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول) أقول أنت خبير بأننا نفرض في صورة الرد بيعاً حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم تعرض إلهما المصنف ولا يتعاقبها الغرض فالأولى في العمل به طي ذكره من البين أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلاً فليست أملاً (قوله فما فرضناه به عالم يكن بيعاً هذا خلف) أقول إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزماً لانتفاء البيع وهو ممنوع ألا يرى أن بيع المكرم منعقد (قوله فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب أما بعد فقد بعثت عبدى فلانا بألف درهم أو قال لرسوله بعثت هدامن فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه وأخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشترت أو قبلت ثم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه قال رحمه الله (٧٩) (وليس له أن يقبل في بعض المبيع)

يعنى اذا أوجب البائع المبيع في شئتين فصاعدا وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات ويتقصون عن غن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبيل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البائع بأقل من غنه وفيه ضرر على البائع لاحالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعية صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بألف مثلاً وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه أن يقال بتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولا أجيب بأن القدورى قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا ورضا البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتمر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة

الآخر لا يقطع المجلس بمجرد انهم ما ائتمروا كان ايقافها وقيل يجوز في الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بنائهم أما المسير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سجدة التسلاوة ولو قال بعثت بألف ثم قال لا خير بعثت بألف فقبلا فهي لثاني لا لاول ولو قال بعثت بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله) والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتمر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعثت عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقدت الرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له أن فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فخافه فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعثت عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعثت بكذا لا يتم ما لم يقبل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع فليس مراد محمدنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبعنى من الحاضر يكون استيما عادة وأما من الغائب بالكتابة فبرأيه أحد شطرى العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فأما الخلع والعنق على مال فانه يتوقف شرط العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله) وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الآن رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكمل أو موزون فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبيدين لا يجوز وان قبل الآخر ولتسكلم على عبارة الكتاب هنا فانها ما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو لا خير وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري فعنه في البائع انه اذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشترت هذه الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو اثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل الباقي الاثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته فلما ألزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فعنه اذا أوجب البائع البيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه اذا

للبيع الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعها بعشرة لان الثمن ينقسم عليها باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبيدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز كما سأتى وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لانتهاء الضرر عن البائع

قوله لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وان لا يجوز) أقول ويجوز بقا ويحيى

والیه أشار بقوله (الاذا بین ثمن کل واحد لانها صفقات معنی) والصفقة ضرب الید علی الید فی البیع والبیعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الی مبیع و ثمن و بائع و مشتری و بیع و شراء و باتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها یحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبیع كقوله بعتمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا یتصور فیکون مع تعدد المبیع كأن قال بعتمائة فقال قبلت أحدهما بـ ستین والاخر بأربعین وذلك ینكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر فی الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا (٨٠) منك بمائة فقال قبلت یوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان

قال بعد القيام قبلت وحده الص

قد يتضرر بتفرق الصفقة لان العادة أن يضم البائعون الجيد الى الردي ووجهه فلو الزمنا المبيع
بقي الردي وذهب ما يروجه به فيمتضرر بذلك ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فخذفه
المصنف للمعلم به لكن على هذا الحاجة لقوله ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة
الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه أي وليس
للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري المبيع ولا أن يقبل المشتري في بعض المبيع
فيما اذا كان الموجب هنا للبائع والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفرق الصفقة فوجب
أن يعرف بماذا ثبت اتحادها وتفرقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فامان تعدد
القابل امتناعه لما فيه من الزام الشركة ميماله أن يقول البائع لمشتريين بعثكم هذا بألف فقال أحدهما
اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم في النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا
بالنصف فلو لم يشر بكذا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلارضاه وكذا لو قال رجل لمالك عيني
اشتريت منك هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فان بيعه انما يتم في نصيبه فتعددت فلو تم تضرر
المشتري الموجب بالشركة أيضا وأما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك أو اشترينا منك
هذا بكذا فأجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا تعددهما بتعددا لعاقبة بل لاجابته في البعض ألا ترى أن
الموجب فيه الواحد كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا فعرف أن هذا من جهة أخرى
لامن تعدد العاقد وأما من غيره فبصورتين أحدهما أن يوجب البائع في مثليين أو واحد قيمي أو مثلي
فقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرناه بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع في البعض فان
في كل منهما الصفقة واحدة فاذ قبل في بعضهما فرفها فلا يصح فلو كان بين عن كل منهما فلا يخلو ما أن
يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره ففيما اذا كرره فالاتفاق على أنه صفقةتان فاذا قبل في أحدهما
يصح مثل أن يقول بعثك هذين العبدین بعثك هذا بألف وبعثك هذا بألف أو اشتريت منك هذين
العبدین اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا في موضع وفي موضع أن يقول بعثك هذين بعثك
هذا بألف وهذا بألفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعثك هذين هذا بعثك هذين وهذا بعثك هذين أنه صفقةتان
وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فأما
اذا لم يكرره وقد اتحد الإيجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له
أن يقبل في أحدهما وقبل الاول استحسان وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه والثاني قياس وهو قولهما
والوجه الاكتفاء بمجرد تفرق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الاقصده بأن يبيع منه أي ما شاء والا فلو

قال بعد القيام قبلات وجد الصريح يفتي بحج على الدلالة أحب أن الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها

قال المصنف (الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معني) اقول سيجي في آخر باب البيع الفاسد انه لا تعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) اقول تأمل في هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) اقول ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والبيع بدون تفرق البائع والمشتري بالطريق الاولى وفيه شئ يمكن دفعه ولعل الاولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشتري

(واذا حصل الايجاب والقبول لم يلزم البيع ولزم لو احدى من المتعاقدين الخيار الا من عيب أو عدم رؤية) خلافا للشافعي رحمه الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من المتعاقدين بعد تمام العقد ان يرد (٨١) العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا

بالايدان واستدل على ذلك

(بقوله صلى الله عليه وسلم

البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)

فان التفرق عرض فيقوم

بالجوهر وهو الايدان (ولنا

ان في الفسخ ابطال حق

الآخر) وهو لا يجوز والجواب

عن الحديث أنه محمول على

خيار القبول وقد تقدم

تفسيره وفيه إشارة إلى ذلك

لان الاحوال ثلاث قبل

قبوله ما بعده وقبلهما

وبعد كلام الموجب قبل

قول المجيب واطلاق

المتبايعين في الاولين مجاز

باعتبار ما يؤل إليه أو ما

كان عليه والثالث حقيقة

فيكون مرادا أو يحتمل

أن يكون مرادا فيحمل عليه

والفرق بينهما أن أحدهما

مراد والآخر محتمل للإرادة

لا يقال العقود الشرعية

في حكم الجواهر فيكونان

متبايعين بعد وجود

كلامهما لان الباقي بعد

كلامهما حكم كلامهما

شرعا لا حقيقة كلامهما

والكلام في حقيقة الكلام

وهذا التأويل منقول عن

ابراهيم النخعي

(قوله وقد تقدم تفسيره

الخ) أقول الذي تقدم تفسيره

كان مختصا بجانب المجيب

والمدكور في الحديث تبعه

وجانب الموجب فالحق

واذا حصل الايجاب والقبول لم يلزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله ثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدهما أو يحتمل فيحمل عليه

كان غرضه أن لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن فائدة لتعين عن كل منهما (قوله) واذا حصل الايجاب والقبول لم يلزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعي) وأجدر بهما الله (لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) أو يكون البيع خيارا رواء البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري أيضا أن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما صاحبه اختر وروى البخاري أيضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس أما السمع فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد أباح تعالى كل المشتري قبل التخيير وقوله تعالى وأشهدوا اذا تباعتم أمم بالثبوت بالشهادة حتى لا يقع التجادل بين البيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملتزم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملتزما اختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي إلا به شرعا وانما أباح إلا كل بعد الاختيار لا اعتباره في التجارة عن تراض وأما حديث حبان بن منبذ رضي الله عنه حيث قال له اذا تبعت فقل لا خلافة ولي الخارفة قد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام فانما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وإنه قضى لانه مجازة والمتشاغلان يعني المساومين يصدق عند ايجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا حمل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضا مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت باتع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بمجرد معنى اللفظ كالتخيير لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر والتخيير لا يقوم به دفعة لتصديق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه فبالضرورة يصدق مخبرا حال النطق ببعض حروف الخبر والالا يتحقق له حقيقة ولا نافية لهم من قول القائل زيد وعمر وهناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراضان فيه فلم يكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لتفي توهم أنهم اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضي السابق في الزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمل فيحمل عليه) جمع بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الايجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على أمر آخر لا يقال أن ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لخياره ما لا يمتنع بل الموجب أيضا له خيار أن يرجع قبل قبول

أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى

(١١ - فتح القدير خامس)

(قوله والثالث حقيقة) أقول فيه بحث (قوله وهذا التأويل منقول الخ) أقول أي تأويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوه ولقائل ان يقول جل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فوجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بأن اسناد التفرق اليه والتفرق الى غير الاعيان شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا نية وقال لا تفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال جله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية (٨٣) معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنازعة وهو موطوع بفساده عادة وهذا

معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو نية التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أدائها على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أعنى جل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها ثمننا كانت أو ثمننا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتنافي للجهالة المفصلة الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين أوجبها عقدا ببيع فان جهالة الوصف لا تنفضي الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف

والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تنفضي الى المنازعة

الاخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخبر تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لأشترى أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ فتراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما صاحبه اخبر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اخبر اتقبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اخبر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اخبر فكذا في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقده معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد الانظ الدال على الرضا فكذا البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببطل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنه من مجموع به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والنياب أو ثمننا كالدراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قال بعثك هذه الصبرة من الخنطة أو هذه الكور حصة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدي وهي مرثية له فقبل جازولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضرا ولا يمنع من التسليم والتسلم لتجمله بجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال غيره لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئا فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم قيمتها أكثر جازا لبيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للأجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكبلا أو موزنا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالخنطة بالخنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة

مقدارها

وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعواض ربوية

أما اذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن اسناد التفرق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالسيبية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني بلدك حتى لي على فلان (قوله أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله ثمننا كانت أو ثمننا) أقول ونقرر برصد الشريعة صريح في أن المراد بالاعواض الأثمان فتأمل في الترجيح (قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيانا لحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزا في البيع) أقول أي حاضر (قوله فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها

قال (والايمان المطلقة لاتصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة) الايمان المطلقة (٨٣) عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان تكون

معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخاريا او تم رقتا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها (وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فتمتنع التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال (ويجوز البيع بثن حال) قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو غن بالتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الابحاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة واثم بثن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء

(قوله يمتنع حصوله بالجهالة الخ) أقول أي بجهالة ذلك الواجب (قوله الى النزاع) أقول في ذلك الواجب (قوله والثن ما لم يتعين) أقول هذا أيضا منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عينا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعروف هو المبيع المطلق والثن

(والايمان المطلقة لاتصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة) لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فتمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثن حال ومؤجل اذا كان الأجل معلوما)

مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدته هازيا وبها رجة كان له أن يرجع بالجبار لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عايبا وهو ينصرف الى الجبار ولو وجدته استنوفة أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان ألتفها ولو قال اشتريته بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدته نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريته بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والايمان المطلقة) أي عن قيد الاشارة (لاتصح حتى تكون معلومة القدر) كعشرة وعشرة دراهم أو اكرار حنطة بخلاف ما لو اشتري بوزن هذا الخبز ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الخبز ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشتري بوزن هذا الخبز ذهبا فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمة أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشتري فلان لا يجوز فان علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عادجا نرا وكذا لا يجوز بألف درهم الا دينارا أو بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز عمل ما يبيع الناس الا أن يكون شيئا لا ينفوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا حنطة بحرية أو صعيدية وهذا لانها اذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارتفاع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعراض في البيع إما دراهم أو دنائير فهي ثمن سواء قبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفا أو إمانا ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبدا ولا يجوز فيها البيع الا عينها الا فيما يجوز فيه السلم كالتياب وكما ثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينام مؤجلا في الذمة على انهما ثمن وحينئذ يشترط الاجل لانها ثمن بل لتصير ملحقه بالسلم في كونها دينارا في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى أجل جازو يكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع ببعده قبل قبضه لاحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالبيض فان قبلت بالنقد فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات فما كان موصوفا في الذمة فهو غن وما كان معينا فبيع فان كان كل منهما ماعينا فاصحبه حرف الباء وألفظ على كان ثمننا والاخر مبيعا وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو غن دخل عليه حرف الباء ولم يدخل فلذا لو قال اشتريته منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم أن التقدير المشرط قد يكون عرفا كما يكون نصا في القناوي لو قال اشتريته منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنائير أو دراهم ان كان في البلد يتنازع الناس بالدنائير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنائير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلاس وان كان في بلد لا يتنازع الناس بهذه الجملية ينصرف الى ما يتنازع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا أنه اذا صرح بالعدد دفعه بين العدود من كونها دراهم أو دنائير أو فلوسا يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثن حال ومؤجل)

المطلق وهو ما يكون غنا بكل حال في التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقرينة الاطلاق الذي يصرف على الكمال

وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحل العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طرفي أصحابنا في الاجارة والتمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها أثمان وليس اشتراط الاجل لكونه غنابلا يصير ملحقا بالسلم في كونها دينيا في الذمة والتمن المحض هو ما خلق للتمنية كالدرهم والدنانير والمترددين بينهما ما كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها أثمان نظرا الى انها مثلية كالتقدين فان قابليها النقْدان فهي معينة وان قابليها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لان البيع لا بد له منها ما وليس أحدهما أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وتماوان كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة وقد وصفها كانت غنابلا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكرم بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الاسلم ابشر وطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضوع وأقول الاعيان ثلاثة نقود أعني الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك (٨٤) ومقدارات كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين

يشتمل على المبيع المحض والتمن المحض وما عدا ذلك فهو مترددين كونه مبيعا وتماوان التميز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والبيع بالتمن الحال والمؤجل جائز لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل ورهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوما لئلا يفضى الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدا قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كأن

لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورهنه درعه ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالب به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدا قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه

لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما يثن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (لمشتري) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعاه) من حديث وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحيم رجلا من بني ظفر في شعب (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يطالب به في قريب المدة وذلك في بعيدا) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم اوجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في عمر فليسلف في كيل مع لوم ووزن مع لوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال بعته ألف حالا وبالفين الى سنة فلهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدى اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن تؤدى الثمن في بلد آخر جاز بألف الى شهر ويبتطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لا اجل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حل ومؤنة صح ومنه على قول محمد ما اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله عليه بتضمنه أحلا مجهولا حتى لو سمي الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فانما عله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بأن قال عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فيصرف) المطلق (اليه) فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بهامع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف

القول

القول الذي كان في البلد الذي

وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا أن يبين أحدها واعلم اني أذكر لك في هذا الموضوع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما أن يكون الاختلاف في المائنة والرواج أو في المائنة دون الرواج أو في الرواج دون المائنة أو لا يكون في شيء منها بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة توقعه ما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز ويتصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقل

(قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احتراز عن الثمن (قوله والتمن ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحل به العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كما ذكره استلزامه فقد ان المبيع في بيع النقدين وفقدان الثمن في المقايضة بخلاف ما اختاره

(فان كانت النقود مختلفة) يعنى فى المالىة كالذهب المصرى والمغربى فان المصرى أفضل فى المالىة من المغربى اذا فرض استواءهما فى الرواج (فالبىع فاسد) لان الجهالة تفضى الى المنازعة اشارة الى القسم الثانى الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فينبذ ويجوز وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروج فينبذ بصرف البىع اليه تحرياً للجواز) اشارة الى القسم الاول أو الى القسم الثالث لان كون أحدهما أروج أعم من أن يكون مع اختلاف فى المالىة أو مع استواء والبىع جائز فيهما وقوله (وهذا) أى فساد البىع اذا كانت مختلفة فى المالىة يعنى مع الاستواء فى الرواج اشارة الى القسم الثانى أعاده للتمثيل بقوله كالثنائى وهو ما يكون الاثنان منه دانقاو الثلاثى وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصر فى اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصرى (٨٥) بخارى والاختلاف بين العدالى

بـ رغبة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا يختلف فى المالىة مع التساوى فى الرواج وقوله (فان كانت سواء فيها) أى فى المالىة يعنى مع الاستواء فى الرواج اشارة الى القسم الرابع وبجاء الشرط قوله (جاء البىع اذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أى المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (الى ما قدر به) من المفرد كعشرة ونحوها (من أى نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة لاستواءهما فى الرواج (ولا اختلاف فى المالىة) وظهر من هذا أنه قيد كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة فى المالىة ومثاله وهو قوله كالثنائى بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط وهذا وبين جزائه

(فان كانت النقود مختلفة فالبىع فاسد الا أن بين أحدهما) وهذا اذا كان الكل فى الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدهما أغلب وأروج فينبذ بصرف البىع اليه تحرياً للجواز وهذا اذا كانت مختلفة فى المالىة فان كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى والنصر فى اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالى بفراغة جازا البىع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من أى نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف فى المالىة قال (ويجوز بىع الطعام والحبوب مكابلة)

القولى وهو من افراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل بها فى الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحرياً للجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالىة كالذهب الاشرقى والناصرى بصرف لكانها فى الرواج سواء (فالبىع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوى فى الرواج واذا لم يكن الصرف الى أحدها والحالة انهما متفاوتة المالىة جاءت الجهالة المفضية الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالىة والبائع يريد دفع الاعلى فيفسد البىع الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فى المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقريره وصار كالأوقال الدائنة ليدونه يعنى هذا الثوب ببيع عشرة التى لى عليك وبمعنى هذا الآخر بباقي عشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البىع الثانى اليه اذ به يصير ثمن عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المدين نعم ونحوه وان كانت مختلفة المالىة والرواج معا فالبىع صحيح وينصرف الى الاروج للوجه الذى تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالىة والرواج يصح البىع ويؤدى من أيها شاء لانه لا فضل لاحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو أراه درهما اشتري به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز بهنى اذا كانا متخذي المالىة والثنائى والثلاثى اسماء دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالىة وكذا الركنى والخليفية فى الذهب كان الخليقى أفضل مالىة عندهم والعدالى اسم لدراهم (قوله ويجوز بىع الطعام) وهى الخطبة ودقيقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير فقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقى أى وباقى الحبوب فلا يتناول الطعام (مكابلة) أى بشرط عدده من الكيل والافى اللغة

وهو قوله جازا البىع بقوله كالثنائى الى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائى الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وثلاثة منه دانقا لا يكونان فى المالىة سواء لكن يمكن أن يكونا فى الرواج سواء هذا ما سنخلى فى حل هذا الموضع والله أعلم قال (ويجوز بىع الطعام والحبوب مكابلة)

قال المصنف (والاختلاف بين العدالى الخ) أقول والظاهر انه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود فى المالىة أن ثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا أنه قيد كلام الشيخ الى قوله هذا ما سنخلى فى حل هذا الموضع) أقول فيه بحث فان اسم الدراهم انما يطلق على اثنين من الثنائى وثلاثة من الثلاثى كما صرحوا فينبذ بظهر استواءهما فى المالىة وانه ليس فى كلام الشيخ تعقيد فليتنا مل

المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليه ما عرفا وسأني في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعسل والحصى وأمثالهما كل ذلك اذا بيع مكابله جازا معقود سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه واذا بيع (مجازفة) فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا (بخلاف جنسه) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لادلالة الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصارت كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) بائنا بعينه اذا باع الطعام أو الحبوب (بائنا بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره مما جاز) لان الجهالة المانعة مانعة من المضى الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع (٨٦) متجمل فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم وقيل بشكل على هذا

ما اذا باع أحد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقي أو اشترى بأي من شاء فان الجهالة لم تنقض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لاننا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لانه في آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثبوت في الثانية وروى عن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكال لا ينكس بالكبس كالفصعة ونحوها أما اذا كان مما ينكس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز بائنا مجهول القدر وان كان معيناً وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس

(ومجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون بدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والقسم فشا به جهالة القيمة قال (ويجوز بائنا بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تنقض الى المنازعة لما انه يتجمل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا

المكابلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل براءة الصبرة والحرف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم حرف له في الكيل اذا أكثر و مرجعه الى المسألة قال المصنف (وهذا) يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع لحقيقة الربا وهذا أيضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد مقيد أيضا بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كحفنة بكفنة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كحفنة ميزان بكفنة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره بعينه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة الا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء يسوا ايداً بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانت يدا بيد (ولان) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم) لتجمل التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فشا به جهالة القيمة) للبيع بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله) ويجوز بائنا بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الاناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجواز في هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرى جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فلو ملأه بأصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه

بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع أيضا لا يجوز كالتسليم لان البيع في المكيلات والموزونات إما ان يكون مجازفة أو بذكر القدر في المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا يعتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الفرض عدم المجازفة والمكبال اذا لم يكن معلوماً يسمى من القدر

(قوله وان كان مما يدخل تحته الى قوله لا يقال لادلالة الحديث على المنع الخ) أقول أنت خير بان ايراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز اذا بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير عين يكون مجهولاً وسيجيء ان الفساد فيه للجهالة

والاول اصح وأظهر

يؤفيه في منزله وعن أبي يوسف إذا ملاها ثم تراصيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالا لا يجوز ولو جله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قرية من ماء الفرات جاز استحسانا إذا كانت القرية معينة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز إلا إذا جعله في وعاء ووجه في المبسوط مسألة الكتاب بأن في المعين مجازفة يجوز فمكيال غير معروف أولى وفيه نظر فإن في المجازفة الإشارة إلى عين المبيع ثابتة تفيد الإحاطة بقدر جرمة وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية منتفية بلا شك والوجه يقتضي أن ثبت الخيار إذا كاله أو وزن للشئ كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبانص في جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز أي لا يلزم قال المصنف (والاول اصح) أي من جهة الرواية (وأظهر) أي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تفضي إلى المنازعة وهي المانعة وذلك لأنه يتجمل فيقدر هلاكه بخلاف السلم لا يتجمل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فبغيره عذر تسليم السلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفى ثبوت الخيار وأقرب الأمور إلى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه وهي ما إذا باع صبرة كل قضيز بدرهم أنه إذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للشئ كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما إذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روى عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالخفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تجميل السلم ولا خفاف بوجوب نقصان ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز إلا سلام في وزن ذلك الحجر خشية الهلاك فيتم عذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض أن أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه إلى مجلس آخر يفضي إلى المنازعة لأن هـ لا كـ إن ندر فالاختلاف في أنه هو أو غيره والتمه فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تفيد صحة البيع في ذلك بالتجمل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يد بيد فلا بأس به ثم إن في المعين البيع مجازفة يجوز فمكيال غير معروف أولى وهذا لأن التسليم عقيب البيع إلى آخر ما ذكره وتقدم النظر في الأولوية هذا أو ورد على التعليل بأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ما إذا باع عبدا من أربعة بأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بأي ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي إلى المنازعة أوجب بأن المبطل في المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والتمن لا الجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبدا من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتي ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القرية من ماء النهر وانه كبيع الطير قبل أن يصطاده كالمو باعه كرام من حنطة وليس في ما كـ حنطة صرحوا بأنه لا يجوز إلا أن يكون سلبا وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القرية في ديارنا عصر إذا لم تكن معينة مثل قرية كافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسيرا هدر في الماء وتطير ما نحن فيه ما إذا باع حنطة مجموعة في بيت أو مطمورة في الأرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة إن له الخيار إذا علم أن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له إلا أن يظهر تحمدا كان أي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما عيلا هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما عيلا هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى

(والاول) اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعده عن المجازفة (وأظهر) يعني من حيث الرواية

قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان أو بالكيل في المجلس أو لافان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله وجملة القفزان كالاول عندهما (٨٨) لأبي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والتمن جهالة تقضي الى المنازعة

لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الآن نزول الجهالة في المجلس بأحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكمكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام أجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس انفسه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل

(قوله لأبي حنيفة الى قوله جهالة تقضي الى المنازعة) أقول واعل الاولى أن يقول جهالة تقضي الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الآن نزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلمنا انعقاده

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة الا أن يسمى جملة قفزان أو قال لا يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والتمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا أن نزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس وصار هذا كالأوفر وقال افلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع

بعت منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والشياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال مالى هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالت ولو قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موز ونا بآباء على أن يفرغه ويزن الا ناء فيحفظ قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلماذا اختلفوا فيما اذا باع الجمد السكاثر في الجمدة قبل لا يجوز حتى يسلم أو لا يتم بيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذبذب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلهذا أهدر وجاز وقبل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلا الجمد ورخصه فينظر الى ما بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسياق من هذا الباب شئ في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جازا البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسح البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد للمشتري فيه الخيار لفرق الصفة عليه دون البائع لان التفرق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفزان (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والتمن) ولا جهالة في القفيز فلزم فيه واذا زالت بالتسمية أو بالكيل في المجلس ثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذا المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر الفساد وما في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زال جهالة الاجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال الفساد بعد المجلس لان الفساد فيه مالم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد برفع الفساد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيه مالا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تنفذ الى المنازعة لان بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا فجوابه ان الفساد هنا جهالة الثمن كية خاصة وقدرا لعدم الاشارة ولا معرف شرعاه غير ذلك وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهاافت ظاهرا لانه لا يتصور أن يطالبه الا بعد أن

فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول بلا تقيد بالمجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكمكم أجل مجهول الخ) أقول كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدم الحاج ثم أسقطا الاجل قبل حلوله وسيجيء تفصيله في أواخر البيع الفاسد (قوله أجيب بان الفساد في صلب العقد قوي الخ) أقول يرد أن يقال اذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كافي بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه ثمة

(ولهما ان هذه جهالة ازالتهما في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالتهما بأيديهما فلا شأن لترفع بكل كل منهما وقيد بقوله بيدهما
 احترازاً عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز لان ازالتهما ما يبدل البائع ان كان هو الرافق أو بيد الغير ان كان الرافق غيره وعلى كل حال فالمشتري
 لا يقدر على ازالتهما وأما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبد من عبد بن علي أن المشتري بالخيار وأجيب لابي حنيفة ان
 القياس فيه الفساد أيضاً الا اننا جاوزناه استحساناً بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتاً بدلالة النص
 والاستحسان لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزناه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياساً واستحساناً ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان
 للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جلة القفران
 فكان راضياً به وهذا صحيح اذا علمنا ان البيع لم يعلّم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يرملها بأي فلا خيار له وفيه بحث أما أولاً
 فلا ننفريق الصفقة لو استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك فإنه اذا باع الرجلان عبداً مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسمائة قبل
 نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فهذه تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانياً فلان قياس قول
 أبي حنيفة أن لا يخبر المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد لعلمه كما لو اشترى قنما مع مدبر فإنه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف
 اليه والحاصل ان الخيار يوجب التفريق وانما يتحقق ان لو كان العقد وارداً على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك
 ههنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الاول اننا لانسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقاً
 وانما وقع على نصيب شريك لا غير لان وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقلاً مما باع قبل نقد الثمن وأنه لا يجوز فصار كمن اشترى قنما
 ومدبراً فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد
 مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة (٨٩) على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة

وهذا ضعيف لان قولهما
 ان الكل مبيع فنأين
 التفريق والاولى أن يقال
 قياس قول أبي حنيفة تفريق
 الصفقة لان الصيغة موضوعة
 للكثرة وقصد ههنا أيضاً
 الكثرة ومائة مانع شرعي
 عن الصرف الى الجميع ولهذا
 لو علم المقدار في المجلس جاز

ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتهما ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبد من عبد بن علي أن المشتري بالخيار
 ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فلم يشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس
 أو سمي جلة قفرانها لانه علم ذلك الا أنه لم يكن رآه ولم يكن رآه وقت البيع

يكيله ليعرف القدر الذي يطالب به اذا لا يمكن أن يطالبه الا بكية خاصة مشار إليها أو مضبوطة الوزن
 وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطالبا للمنازعة المفسدة (ولهما
 أن هذه جهالة بيدهما ازالتهما) بان يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تنفض الى المنازعة كبيع
 عبد من عبد بن أو ثلاثة على أن المشتري بالخيار يأخذ أيها شاء وقد أورد عليه نقض اجمالى لوصح
 ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما ازالتهما غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز

(١٣ - فتح القدير خامس) والصرف الى الاقل باعتبار تعدد الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع
 وقصد العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فمكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعاً وقد تقدم الجواب في صدر
 هذا البحث عنه (قوله وكذا اذا كيل في المجلس أو سمي جميع قفرانها) يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بد من التعليل بل بما قال لانه علم ذلك
 الا أن فرعاً كان في حدسه أو ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابلها ولا يتمكن من أخذ الرائد مجازاً
 وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع
 وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسميته جلة القفران وكان راضياً به وهذا صحيح اذا علمنا ان البيع
 الخ) أقول وعندي أن مجيء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية بعم صورة عدم علمه بمقتضاها أنه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق
 ثم يشرع في البيع بحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضياً بما وجبه فتأمل (قوله فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يرملها بأي فلا خيار له)
 أقول ان أراد انه لا خيار له مطلقاً ولو اذ تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وان أراد انه ليس له خيار للرؤية فليس كذلك
 بل الخيار بتفريق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتنامل (قوله وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد
 مجتهد فيه الخ) أقول قيل الانصراف الى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضاً وهذا لا يشيع الفساد على ما سيجي في باب البيع
 الفاسد فما الفرق (قوله وهذا ضعيف لأن قولهما ان الكل مبيع فنأين التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد المجيب انهما
 يقصدان كون الكل مبيعاً على مذهبهما والقاضي يحكم عذبه أي حنيفة فتفريق الصفقة عليهم ما فليتنامل (قوله ومائة مانع شرعي عن
 الصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم
 ما في الجواب الذي اختاره أيضاً

وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالببيع عند أبي حنيفة رجه الله في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبين جله الذرعان وجملة الثمن وأما اذا باع ثوبا أو أحدهما كما اذا قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح أما الأولى فظاهرة وأما الثانية فلان المفقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلان لما سمي لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاولى وأما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا

(قوله فهو جائز في الكل لما قلنا) أقول من ان ازالة الجهالة بيدهما

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد) لما يباين غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضع الفرق بين عبد من أربعة على أن المشتري مخير في تعيينه وان يجوز البيع بأي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل أجيب بأن البيع بالرقم ممكن في الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه انه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الأربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة الا أنه يشب بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى ان كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لا في حنيفة فانها تضمنت تسليم أن الجهالة وان كانت بيدهما ازالتهما بعد كونهما في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن كما يبيع بالرقم وبأي ثمن شاء أو في المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتهما ثابت في محل النزاع اذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين الا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لأثره في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد واذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لا تحصرها في احتمالات أربعة لا تتعداها فلان تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع امكانات أو عشرة أو ثلث ويسجل عليهم ما يبطلان قياسهما على بيع عبد من عبد يدين اذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد وحينئذ ترجع قول أبي حنيفة وظهر أن كون العاقدين بيدهما ازالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتهما بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتهما فيها وغايته اذا أثبت في المجلس وهما على رضاها ثابت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطل البيع فيها الجهالة في الثمن أو المبيع مع امكان ازالة أحده المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيح قولهما وهو ممنوع وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الاصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما يتناول أدناه لصيغته عن الانعاء كالأفراد بأن عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الاصل (فرع) اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصرو شرط أن يوفيه في منزل من المصرو فالفقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحبل فساد ولو كان في المصرو وشرط أن يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فان الانسان يشترى الخطب والشعير على الدابة في المصرو ولا يكتري دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصرو وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحبل والابقاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرق فان الابقاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحبل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصور السابقة في المشليات ذكر تطهيرها في القيمات فاذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما إذا سمي أحدهما فيصح

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة قفيز بمائة درهم فلا يجزى له عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذلك وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لا تنفاه البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالرائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع (٩١) على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا

كان وصفا والقدر أي القدر

الرائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبائع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقلين مخيرا فيها ان شاء باشرها أو تركها واذا

كان المشتري مذكورا كان اشتري ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انهما مائة ذراع فوجدها أقل خيرا المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله لا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كطرف الحيوان فان من اشتري جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا أي فليكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها أكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشتري ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انهما مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بمجملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب لا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كطرف الحيوان فلهذا يأخذ به بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذ بحصته

بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعند ما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما اذا التها وعند ما ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها بيدهما غير ان الا حاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا لو باع شاة أو عشر من مائة شاة أو بطيخة أو عشر من وقر بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيما اذا عرلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العنابي ان ذلك في ثوب يضره التبعض أما في الكرباس فيمنع أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الا ليقبض بأصله المذکور في الخلافية وفي الخلاصة اشتري العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورد الصدر الشهيد والفقهاء أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قوله ما تبسرا لا أمر على الناس انتهى وتفرع الصدر الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة قفيز) مثلا (بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلا أو موزونا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فزاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشتري (ولو) كان (قال على انهما مائة ذراع) مثلا (بمائة) كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا

الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا يأخذ بحصته

(قوله وان كان الثاني خيرا المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون عملة للفسخ لا لقوله خيرا لا معنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض) أقول الا ان فيما نحن فيه عبارة عن الطول

(وقال الأئمة بخير) استثناء من قوله يأخذ به كل الثمن وعلى هذا إذا وجدها أكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولا خيار للبائع لأنه وصف تابع للمبيع لا يقابل به شيء من الثمن فصار كما إذا باع عبدا على أنه أعشى فإذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل الفقه وقد منع أن يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله لا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لأنه كما يجوز أن يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أقدرة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما لوجوده تأثير في تقدم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك (٩٣) فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف

وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتعيب والمذروع يتعيب وعشرة أقدرة إذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما إذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على أنها عشرة أقدرة وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا انتقص فإن الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه فإن الثوب الغناني اذن مثلا إذا كان خمس عشرة ذراعا فالتسعة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة أيضا وإذا عرف هذا عرف أن القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار فإن قيل سلمنا أن الذرع وصف ليس لأن سلمنا أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فإن

الأنه يتخير لفوات الوصف المذ كورائغير المع قدود عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع) لأنه صفة فكان بمنزلة ما إذا باعه مبيعاً فإذا هو سليم (ولو قال بعثكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجدتها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك) لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

أن الذرع في المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف بـ (تلتزم زيادة أجزاءه) لم يفرد بثمن كان تابعا محضاً فلا يقابل به شيء من الثمن وذلك فيما إذا قال على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك وإذا كان تابعا محضاً في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فأعوزت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو أعوزت عند المشتري جازله أن يرجع على غيرها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما إذا اشتراه على أنه كتاب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة الزائدة (كما إذا باعه) على أنه معيب فوجده سليماً هذا إذا لم يفرد بالثمن فإن أفرد بالثمن وهو ما إذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلاً وارفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدتها ناقصة يتخير بين أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة فكذا إذا وجد الذرع ناقصة في هذه الصورة وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلاً كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زادت عدد الثياب على المشروط وإن كان بينهما فرق فان عدد الثياب إذا زادت فسد المبيع لزوم جهالة المبيع لأن المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يراد إلى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه أما هنا فالذراع ليس أصلاً من كل وجه لفسد ثبوت له الخياريين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لأنه وإن صح له أخذ الزائد لكنه بضرر بلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد المبيع فكان له الخيار وإذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً تارة وأصلاً أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات إلا أصلاً دائماً مع أن الطول والعرض أيضاً يرجع إلى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتيج إلى الفرق فقيل لأن المثل لا تنقص قيمته بنقصان القدر فإن الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت إلى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والأرض لا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباه أو فرجية كان بثمن

إذا المبيع المعيب إذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبداً وأعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان إصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكالاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذ كورأجيب بأن كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فإنه إذا صار مقصوداً بالتناول حقيقة كما إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكماً كما إذا امتنع الرد لحق البائع كما إذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع أن كان ثوباً باخاطه المشتري ثم اطلع على عيب أخذته بأصل فأخذ قسطاً من الثمن ولو قال بعثكها يعني الثياب أو المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لأن المبيع إن كان ثياباً لم تكن هذه المسئلة والاولى أن يقال يعني الأرض فإذا باعها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فإن وجدت ناقصة أخذها المشتري بحصتها من الثمن أو تركه لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلاً بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب

وهذا معنى قولهم ان الوصف بقبالة شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أي أخذها بمحضها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري أخذها كل ذراع بدرهم وهو لم يبيع الا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث انه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكنابة ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغامضة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون عللها والاولى أن يقال اذا لم يفرّد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبرا بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسح ما خبايا الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فختير وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا ولو أخذ بالاقول لم يكن أخذ بالمشروط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة (٩٣) فسد البيع اذا وجدها أكثر وأقل كما لو

كان العقد واردا على أبواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ماسباني وأما الثاني فهو ان الذراع لو كان أصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة أقفزة فاذا هي أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تقتضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن

وهذا لانه لو أخذ بكل الثمن لم يكن أخذ لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسح البيع) لانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه زيادة الثمن فكان نفسا يشوبه ضرر فختير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذ بالاقول لم يكن أخذ بالمشروط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فابيع فاسد عند أبي حنيفة وقال هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم

اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يقيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعملنا ان كل جزء منه لم يعتبر كنوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فابيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم منها) جاز في قولهم جميعا (ومبني الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائزا اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعندهم مؤدة قدر معين والجواب مختلفة الجودة فتمنع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو تطير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في

الثاني بأن الذراع الزائد لم يدخل كان باع بعض الثوب وفسد البيع فكذا بالدخول تحريبا في الجواز والفسخ الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعني أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا تنقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشر اقتصص الجواز بأحدهما فتحكم

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح في العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لا هذا القول (قوله فلا يكون عللها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية عللة بل لزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعني الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب ينبت عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثوب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل هذا تأويل ما في النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر وأقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر في مسألة اشتراء العدل على انه عشرة أبواب (قوله وعن الثاني بأن الذراع الخ) أقول ويجوز أن يجاب عن الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح

ولاي حنيفة ان الذراع حنيفة في الآلة التي يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما يحمله بطريق كالحال وارادة المحل وما يحمله لا يكون الامعينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسي او المشاع ايس كذلك فما يحمله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز (وذلك) أي العشرة لا ذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم أن العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسي فيجوز أن يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهم في جميع الدار على قدر نصيبهم ما من اوبس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم (٩٤) جلة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما اذا لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع

لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جلة الذرعان وأما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جلة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل المحل اذا اشترى عدلا على انه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع أما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والا أثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة وأما اذا نقص فلو جوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري

وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أي حنيفة بين ما اذا علم جلة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين اكل ثوب ثمانية في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة ترجيح المبني فان حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخسبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحمله وما يحمله معين فكان المبيع معيناً مقدراً بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جلة ذرعان الدار قرينة على انه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشر والا فلا فائدة في تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مع دارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز أن يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لان جهالة بيدهما ازالتهما يذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصح هذا بناء على ما تقدم لهم من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأي الاول وما اوضح المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهران ما قال الخصاف من أن الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جلة الذرعان وأما اذا عرف جلتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدار بانه فان الفساد عنده لجهالة كقلنا وبمعرفة قدر جلة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي يبيع منه واختلاف المشايخ على قولها ما فيها اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جلتها فقبل على قولها ما لا يجوز لان صحته على قولها ما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معروفة جلتها والصحيح انه يجوز لان جهالة بأيديهم ما ازالتهما بان تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعثلك ما في هذا العدل على انه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمانية قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع) في صورة الزيادة لما قرره من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلا من وجه (والثمن) في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم اجزائه على حسب اجزاء المبيع القيمي والنياب منه فلم يعلم لثوب الذهاب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك الف درهم منه فكان الناقص من الثمن قد راجح مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل اكل ثوب ثمانية قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار لا تفرق الصفة عليه (ولم يجز في الزيادة) لان جهالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة

انه كان جيدا أو وسطا أو رديا وحينئذ لا تدري قيمته يفتن حتى تسقط فكانت جهالتا توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمانية قوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة

قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعمل لما يحمله الذراع) أقول قال الاتقاني كان القياس أن يقول استعيرت لانه أسند الى ضمير الذراع وهي مؤنثة لكن ذكر الفاعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يذكر فيها جمع أذرع وذرعان بالضم اه وذكر باعتبار الخبر

ومن مشايخنا من قال إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول
البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كالموجود في حروبه في صفقة وسمى لكل واحد منهما فانه لا يجوز البيع عنده في
القبول خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير رجل اشترى (٩٥) ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة

فاذا أحدهما هروى والآخر
هروى فالبيع فاسد في
الهروى والمروى جميعا عند
ابن حنيفة رحمه الله وعندهم
يجوز في الهروى ووجه
الاستدلال أن الفاتئ في
الصفة مسألة الجامع الصغير
لأصل الثوب فاذا كان
فوات الصفة في أحد البدين
مفسد للعقد على مذهبه
ففوات أحدهما من الأصل
أولى أن يفسد قال الشيخ
وليس يصح لأن ثمن النافص
معلوم قطعا فلا يضر الباقي
وفرق بين هذه المسئلة
ومسئلة الجامع بقوله لأنه
جعل القبول في المروى
شرطا للعقد في الهروى
وهو شرط فاسد لان المروى
غير مذكور في العقد فشرط
قبوله مما لا يقتضيه العقد
فكان فاسدا وهذا لا يوجد
هنا فانه ما شرط قبول العقد
في المعدوم ولا قصد ايراد
العقد على المعدوم لعدم
تصور ذلك فيه وانما قصد
ايراده على الموجود فقط ولكنه
غلط في العدد وهروى بفتح
الراء وهروى بسكونها
منسوب الى هراة وهرو
قريتان بخراسان

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس يصح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على انهما
هرويان فاذا أحدهما هروى حيث لا يجوز فيه ما وان بين كل واحد منهما لانه جعل القبول
في المروى شرطا لجواز العقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترا

المبيعة من الاحد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في
الذخيرة وأكثرمشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولها ما أما
على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بفسد مقارن وهو العدم والأصل عند أبي
حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفسد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تدل
على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على انهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما هروى)
بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة أما النسبة الى مرو والمعروفة بخراسان فقد التزموا فيها
زيادة الزاى فيقال مروى وكأنه للفرق بين الفريقين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة
وعندهما يجوز في الهروى والفاتئ في مسألة الجامع الصفة لأصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته
ففساده في الكل والفاتئ أحدها أولى واليه مال المالوانى وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبة شمس الأئمة
السرخسى الى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندى أن هذا قولهم جميعا يعنى عدم الفساد في الباقي
لان أبا حنيفة في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل
قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنالك يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد
في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة
فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط
قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا معلوما ولا يضر فان في الثوبين أيضا ما شرط قبوله في المروى
صريحا وانما المقصود انه اذا أضاف العقد الى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله
في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه
ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الى آخره وحاصل قوله وما قصد الى آخره ما أشار اليه
المصنف وهو أن الشئين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخل في عقد واحد كان قبول كل منهما
بذلك الوصف شرطا لقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطا
فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس حينئذ دخلا في
العقد حتى يكون قبوله شرطا للصحة العقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلم يجعل شرطا
لم يفسد العقد في الآخر فظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط انما
يتأني من جهة البائع على معنى انه انما أوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا فالمشتري لما قبل
في عشرة ما كان غلطا فالتاقي الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة أو ثوب من عشرة وقال بعثك هذه
التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وان كان معنى غلظه انه قصد الايجاب
في عشرة وليس في الواقع التسعة لم يفسد الصحة لان المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا
لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاد قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلا

قال المصنف (فاذا أحدهما هروى) أقول قال ابن الهمام بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة الى مرو والمعروفة
بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكأنه للفرق بين قريتين اه وفيه كلام (قوله لان المروى غير مذكور في العقد
فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال اذا كان غير مذكور فبأى شئ علم الشرط لانه لا يعلم من اشارنه اليهما حين البيع فليتأمل

قال (ولو اشترى ثوبا واحدا) اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه بأحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم (فيجزأ عليه) من التجزئة وفي بعض النسخ (٩٦) يجري عليه أي على النصف حكم المقابلة ويخير كالموابع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولابي

(ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رجه الله في الوجه الاول بأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني بأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رجه الله في الوجه الاول بأخذه بأحد عشر ان شاء وفي الثاني بأخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رجه الله بأخذه في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزي عليه حكمها ولابي يوسف رجه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببديل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رجه الله أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضرب الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

كما ذكر في باع كرام من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الاول وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كرفوجدها كذلك جازا في رواية عن أبي يوسف وان وجدها كرا أو أكثر فالبيع فاسد وكذا اذا قال على أنها أكثر من كرفوجدها كذلك وان وجدها كرا أو دونه ففاسد ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه يخير في الأقل كما لو قال على أنها كرو على هذا اذا اشترى عنب في كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا في العدييات المتقاربة انتهى ووجه الفساد في الاكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكرو ولا أكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن أبي يوسف لان غاية ما في ذلك انه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار فلاني والله أعلم (قوله ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رجه الله في الوجه الاول بأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني بأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رجه الله في الاول بأخذه بأحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رجه الله في الوجه الاول بأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجزي عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب في مقابلة كل جزء إضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثلثه بثلثه وهكذا وفي بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزءه كذلك من الاخر وضمير يجزأ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرره فلا يلزمه الا بالترامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولابي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على انه ذراع لما عرف أن أفراد الذراع بالثلث يخرج رجه عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شيء من الثمن وانما ثبت الخيار له لما ذكرنا من أن في الزيادة نفعاً يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولابي حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط)

يوسف أن بافرااد البديل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولا يبيح حنيفة رضي الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما أخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوماً وزال موجب كونه أصلاً فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجانا وفيل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كاسراويل والقميص والاقبية أما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة لانه وان اتصل به شيء ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه جاز كافي الحنطة اذا باع قفيزاً منها

(قوله كالموابع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول الاولى

هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول كالموابع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم وكان فنقص منها أو زاد ذراع ولا بد لحد رجه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوبا على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ولعله يمنع ذلك للتفاوت في اطراف الثوب الواحد ولا كذلك اطراف الذراع الواحد منه غالباً (قوله والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعاً الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع ثمن بل يبيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلاً

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعه في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال لان اسم البناء في العرف (٩٧) فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على

العرف كما تقدم (لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة اياها) وهي اذا لم تكن داعية للمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى المين فلم يتقيد به وخفت بالدخول بعد الانهدام (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعه

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في المبيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعه

وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فإذا لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ويتخير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذلك حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا إشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان لبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

فصل لما ذكر ما ينفع به المبيع وما لا ينفعه ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دار الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع اياها فدخل في بيعها كالمسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والخارج الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لانها بحجر يهتقل ونحول ولا تبنى فهي كالاباب بالموضوع والاباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها بحث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يثبت وهذا لو أبطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو أغوف في المعينة فكان حلفه على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونه دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان كبيرا ومثلها لا يدخل وقيل ان صغيرا دخل والا فلا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ماتحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدر دون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين

فصل ومن باع دارا (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا يبنى على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدتين) أقول بمعنى انه لا يخلو من البناء على واحدة منهما (قوله على معنى انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فاللصاف مقدر (قوله وما وضع لان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ (قوله لأن تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في المين اذ هي للامتناع عن الشيء والبناء لا يكون داعيا الى

(١٣ - فتح القدير خامس) المين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتنا مل ثم أقول ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزءا من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره ألا يرى ان من حلف لا يكلم زيد افسكاه بعد ما قطع يده ورجله يحنث مع كونه مادا خليا في زيد واذا بيع دخل يده ورجله في المبيع كما لا يخفى وهذا الكلام اجمالي وأصل ما ذكرنا في كتب الأصول في باب الاحكام (قوله اذا لم تكن داعية لا يتقيد بها) أقول لا يتقيد بها في العرف (قوله ولأن البناء متصل به أي بالارض على تأويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى أن يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه متصل به للقرار

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فأشبهه البناء

وخوابي الزياتين وجبايهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميثب كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال عرافتها وأما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل العذر تحت البيع والزم في بيع البعير ولم يذ كر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قبل لا يدخل الا بالتخصيص أو يحكم الثمن ولو باع حمارا قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف في فتاوى قاضخان وهو اظاهر فالأ كافي فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذ كر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير وليتأمل في هذا باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يوارى عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع والبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع شيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغیره فباعها حارب الأرض باذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسة مائة فالتن بينهما مائة فان استوائهما فيه فله ذلك النخل قبل القبض بألفه مائة وخمسة مائة خير المشتري بين الترتك وأخذ الأرض بكل الثمن لان النخل دخل تبعافلا يبقا له شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الأرض لانتفاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابله الاصل وهو له دون التبع ولو باع أنا ناله الجحش أو بقرة لها عجول اختلف قبل يدخلان وقبل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش ولو باع عبدا له مال ان لم يذ كر المال في البيع فله المولاه وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان منه له أو أقل لا يجوز لانه يبيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بأن كان دراهم ومال العبد دنانير أو بالقلب جاز اذا تقابضا في المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان اقرقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد في بعض جذوعها مالا ان قال البائع هولي كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كالقطة ولو قال صاحب علو وسفل لا خربعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فأشبهه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذ كر لانها لا تغرس للقرار بل للقاع اذا كبر خشبها فصارت كالزروع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضخان ولو باع أرضا وفيها أشجار غار فحجول في فصل الربيع ونباع ان كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الأرض فهي للبائع الا بشرط نتم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القاع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار الا بذ كر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يبيع قد ملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرساد

(واذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرهما على الاصح (وان لم يسمه للاتصال فأشبهه البناء)

(ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية) لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها (ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثم ثمرته للبائع الآن بشرط المتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع ولأن الاتصال وإن كان خلقه فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع

والتوت لأنه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجرة عار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم ثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أي خفيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفاروق وسور القرية لأن السور يبقى على أصل الإباحة عنه - والقسمه فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الملاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناء هل بشرط ذكر الحدود واختلاف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود إلا أن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل) أي الفصل الآدمي إياها لا تنفعها بها (فشابه المتاع الذي فيه) أي في المبيع فالدفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فإنه يدخل جملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التسمية به وأيضا الأم وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل فبعد ذلك يتظر أن كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلا للحال وفي ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية والجزئية وإن كان اتصاله للفصل في ثاني الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فإن قيل ينبغي أن يدخل لأن الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بأن الموجب للدخول ما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له والتبعية بأن يكون مستقرا اتصاله به لا مجرد اتصاله الحالى مع أنه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهرة فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثم ثمرته للبائع الآن بشرط المتاع) لنفسه أي يشترى الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع إلا بشرط وبدخل في الثمرة الوارد والباسمين والخلاف ونحوها من المشهورات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك وأحمد بشرط في ثمر النخل التأخير فإن لم تكن أبرت فهي للمشتري والتأخير التلقيح وهو أن يشق عناقبه الكرم ويذر فيها من طلع الفحل فإنه يصلح ثمرات النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فحاله للبائع إلا أن يشترط المتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع وفي لفظ البخاري من باع نخلا بعد أن يؤبر ثمرتها الذي باعها الآن بشرط المتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حججه وقد روى محمد رحمه الله في شفعة الأصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل إن في مرويه تخصيص الشيء بالذكور فلا يدل على نفي الحكم عما عداه إنما يلزمهم لو كان لهما يكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحمون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب لأنه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله أنه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدرون القياس على المفهوم إذا تعارضوا حينئذ فيجب أن يحمل الأثر على الأثر لأنهم لا يؤخرونه عنه فكان الأثر علامة الأثر

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الموضوع في النار وفوقه بالحمل فإنه متصل بالأصل للفصل ويدخل في بيع الأم والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم قال (ومن باع نخلا) باع نخلا (أو شجرا عليه ثم ثمرته للبائع الآن) أن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع الآن بشرط المتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثم فقال عليه السلام الثمرة للبائع الآن بشرط ولم يذكر النخل وقوله (ولأن الاتصال وإن كان خلقه) فيه إشارة إلى أن الاعتبار للحال الثاني والحال الأولى لا فرق فيهما بين أن يكون خلقه أو موضوعا

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ) أقول فيه تأمل فإن تخصيص الثمر بالذكور لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب

(ويقال للبائع سلم المبيع) فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريق ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي بتركه حتى يسد صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع) وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد (١٠٠) والجواب ان لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه

لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه وليكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما بسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بطالبة المشتري تفريقه ملكه وتسليمه اياه فارغا (قوله هناك) اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا (ولا يتركه الا باجر وتسليم العوض تسليم العوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سياتي (ولا فرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح أن يبعه منفردا يصح في أصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف

(ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريقه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانا هنالك التسليم واجب أيضا حتى يتركه بأجر وتسليم العوض كنسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

فعلق به الحكم بقوله تخللا مؤثرا يعني مثمرا وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشتري بعيدا بضادا لاحاديث المشهورة (واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع (يقال له اقلعه وسلم المبيع) لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريقه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي بتركه حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت لبلد وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحالمين (وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يتركه حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد جاء وقت حصاده أجاز المصنف (بأن هناك) أي في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجرة في التبقية لان تسليم العوض تسليم المعوض ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التبقية بالاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والاول لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الاجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع بتركه الى ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا الا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك والافاذا فرق بين البيع والاجارة بأن اقدام البائع على البيع مع علمه بأن المتاع يطالبه بتفريق ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة انجحه أن يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لولم يكن التأخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع يبيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشترها ببيع عام مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الأرض أصل والشجر فرع فلا ينقلب الأصل تبعاً وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول الشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلط ساقها وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الأرض والافهوجذع وحطب فيدخل من الأرض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها والعظام ولو شرط قدر افعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن

في أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد فتأمل والله الموفق للرشاد قال المصنف (قلنا) يكون هناك التسليم واجب أيضا حتى يتركه بأجر وتسليم العوض كنسليم المعوض) أقول لا يقال الاجرة عوض المنفعة لا الأرض فلا يتم التقريب لان المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجي (قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سياتي) أقول يعني سياتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لما سياتي في جواب عن قوله لا يقال الخ

(قوله وأما إذا بيعت الأرض) يعني معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم تكن له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت وقد بذر فيها) صاحبها ولم ينبت فإنه لا يدخل في البيع لأنه مودع فيها كالمتاع) وذ كر في فتاوى الفضلى ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض وأما إذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا (١٠١) (ولونبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم الصغار

لا يدخل وقال أبو بكر الاسكاف

يدخل قال الشيخ (وكأن) وصح بعض الشارحين تشديد النون (هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثر يذ كر الحقوق والمراقق لأنهم ليسوا منهم ما ولو قال بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخل فيه لما قلنا وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها خلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل إلا بالتصريح به يكون له قيمة أو لا في الصحيح احتراز عن قول البعض أنه إن لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الحالتين إن كان له قيمة أو لم تكن وعلمه أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبع الغيرة بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار (قوله) وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمتاع) هكذا أطلق المصنف وكذا أطلقه غير واحد وقيد في الذخيرة بما إذا لم يعفن أما إذا عفن فهو للمشتري لأن العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلى كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري والأفلح بائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منهما شيئا ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب أنه يدخل نص عليه الفـدوري في شرحه وفي شرح الاسيحي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى فاضلخان قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل هذا إذا صار الزرع متقوما أي لا يدخل فإن لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فإن كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم أنه صار متقوما انتهى وبهـ هذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقة ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا وكان المناسب أن يقول تقوم الأرض بلا ذلك الزرع وبهـ فإن زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها بمبذورة وغير مبذورة فأنما يناسب من يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلم بأنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف (وكأن هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى أن كلاما من الاختلافين مبني على سقوط تقويمه وعدمه فإن القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقويمه والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الخش كالأول على رجاء حياته فينتفع به في ثانی الحال (قوله) ولا يدخل الزرع والثر يذ كر الحقوق والمراقق الخ) يعني إذا باع أرضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعثا أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثر يذ كر لأنهم ليسوا من الحقوق والمراقق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هوله فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخل أيضا الماذ كر نابعه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هوله فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلا هذا في المتصل بالأرض والشجر

وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمتاع ولونبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثر يذ كر الحقوق والمراقق لأنهم ليسوا منهم ما ولو قال بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخل فيه لما قلنا وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها خلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل إلا بالتصريح به

بكون له قيمة أو لا في الصحيح احتراز عن قول البعض أنه إن لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الحالتين إن كان له قيمة أو لم تكن وعلمه أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبع الغيرة بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار (قوله) وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمتاع) هكذا أطلق المصنف وكذا أطلقه غير واحد وقيد في الذخيرة بما إذا لم يعفن أما إذا عفن فهو للمشتري لأن العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلى كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري والأفلح بائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منهما شيئا ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب أنه يدخل نص عليه الفـدوري في شرحه وفي شرح الاسيحي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى فاضلخان قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل هذا إذا صار الزرع متقوما أي لا يدخل فإن لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فإن كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم أنه صار متقوما انتهى وبهـ هذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقة ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا وكان المناسب أن يقول تقوم الأرض بلا ذلك الزرع وبهـ فإن زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها بمبذورة وغير مبذورة فأنما يناسب من يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلم بأنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف (وكأن هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى أن كلاما من الاختلافين مبني على سقوط تقويمه وعدمه فإن القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقويمه والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الخش كالأول على رجاء حياته فينتفع به في ثانی الحال (قوله) ولا يدخل الزرع والثر يذ كر الحقوق والمراقق الخ) يعني إذا باع أرضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعثا أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثر يذ كر لأنهم ليسوا من الحقوق والمراقق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هوله فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخل أيضا الماذ كر نابعه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هوله فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلا هذا في المتصل بالأرض والشجر

كذلك فلا يدخل لأن وفي الرابع يدخلان لموم اللفظ هذا إذا كان في الأرض أو على الشجر وأما إذا كان الثمر مجذوذ والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخلان إلا بالتصريح به

(قوله وصح بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله يذ كر لما هو تبع) أقول أي للبيع

قال (ومن باع ثمرة لم يبدو صلاحها) يبيع الثمر على الشجر لا يخلو ما أن يكون قبل الظهور أو بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بدو صلاحها بصلاحيها لا تنفع بني آدم أو علف الدواب أو لم يبدد لانه مال منقوض لكونه منتفعا به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الخش والمهر وذو كرمشس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ولأن البيع يختص بمال منقوض والثمر قبل بدو صلاحه ليس كذلك قال الشيخ والاول أصح يعني رواية ودراية أما الاولى فلما أشار إليه محمد رحمه الله في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما نطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا في أول ما نطلع لما وجب العشر على المشتري وأما الثانية فلانه مال منقوض في الزمان الثاني ونقي جوازه مفضل الى نقي جواز بيع المهر والخش (١٠٣) وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك

أو ان المراد به النهي عن بيعها لما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم لم أر أباي لو أذهب الله الثمرة لم يستحل أحدكم مال أخيه وإنما ينوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم وإذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغ المالك البائع قوله (وهذا) إشارة الى الجواز أي الجواز اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع) أما اذا قال اشتريته على أني أتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء في تركها على النخل شغل ملك الغير أو ان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع أو اجارة فيه لان تركها على النخل ما أن

قال (ومن باع ثمرة لم يبدو صلاحها) وقد بدا جاز البيع) لانه مال منقوض اما لكونه منتفعا به في الحال أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والاول أصح (وعلى المشتري قطعها في الحال) تفريغ المالك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على النخل فسد البيع) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو اعارة أو اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا اتناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود ففيها فلا يدخل ولو قال بكل قابل وكثير هو وفيها ما لم ينص عليه والمحدود بدالين مهملتين ومجهولتين بمعنى واحد أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله) (ومن باع ثمرة لم يبدو صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور وقبل بدو صلاحه بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو صلاحه بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو صلاحه لكن بدو صلاحه عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو صلاحه والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو صلاحه على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز وعندنا أن كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشايخ قبل لا يجوز ونسبه قاضيان امامة مشايخنا والصحيح أنه يجوز لانه مال منتفع به في نائي الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال وقد أشار محمد في كتاب الزكاة الى جوازه فانه قال لو باع الثمار في أول ما نطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والافلا لا تنفع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيمة في جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكثير أول ما نخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبع الاوراق كانه ورق كانه وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة واختاره الطحاوي اعموم البلوى وفي المنتقى ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قوله - حافي الصورتين (أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة) لانه ان شرط بلا أجره فشرط اعارة في

يكون بأجر أو غيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهى عنه وفيه تأمل لان ذلك انما يكون صفقة أن لو جازت اعارة الاشجار أو البيع اجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جازة فيلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة

(قوله) وأما الثانية الى قوله يعصى الى نقي جواز بيع المهر - والخش وهو ثابت بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه الى الزمان الثاني كما في المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث اذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الاغلب يكون فيه (قوله وانما ينوهم هذا) أقول أي اذهب الله الثمرة (قوله فقد فسد البيع الى قوله لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه) أقول أنت خبير بأن شرط الترك على النخل لا ينافي في تسليم المعقود عليه على ما سيجي في مسألة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية في تقريره كما لا يخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تأمل الى قوله وليس كذلك) أقول اعارة الاشجار ينبغي أن تجوز ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكي عن الجامع الاصغر فراجع

لم يتناه في عظمها وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد وأما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع ان تعارف الناس بذلك بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد على الأرض أو الشجر ولو اشترىها مطلقاً وتركها باذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بمحظورة وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لأن هذا غير حالة لا تحقق زيادة وإن اشترىها مطلقاً وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الادراك طاب له الفضل لأن الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معناه براحته لا ف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركها حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة لجهالة فأورثت خبثاً

واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد على الأرض أو الشجر ولو اشترىها مطلقاً وتركها باذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بمحظورة وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لأن هذا غير حالة لا تحقق زيادة وإن اشترىها مطلقاً وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الادراك طاب له الفضل لأن الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معناه براحته لا ف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركها حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة لجهالة فأورثت خبثاً

البيع أو بأجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا والتعامل كذلك فيما تناهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهو هذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه ومالم يتناهى به يجوز لأن العادة تركهم إياه إلى الحد الذي لا يوجب له عظمه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد لا بدعاء عدم العرف فيما يتناهى عظمه إذا القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل فكون مالم يتناه على أصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع مالم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذا مجرداً أو باذن في ضمن الاجارة بأن استأجر الاشجار إلى وقت الادراك أو بلا اذن ففي الصورتين الاولين بطيب له الفضل والا كل أمافي الاذن المجرد فقطاهر وأما في الاجارة فلأنها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وانما يتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستحسان وهما يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي شراء ما لا حاجة له اليه أو ما لا يقدر على غنائه وقد لا يوافق البائع على بيع الاشجار فالاول أولى وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان لأن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر اشجار الجبف عليها ثابته لا يجوز ذكره الكرخي وإذا بطلت بقي الاذن معتبراً بطيب بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز اجارتها وانما فاسدت لجهالة الاجل فأورث خبثاً أما هنا الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فقط طاب أمافي الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتاً في ضمنه باعتبارها فنع وهما صار الاذن مستقلاً بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلاً بطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بمحظورة أما اذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لأنه لم يزد في ذاته شئ وهذا قول المصنف (لأن هذا غير حالة لا تحقق زيادة) أي غير من وصف إلى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه نعم ثبت في ضمن الاجارة وفي

بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالأمانة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له أصلاً ولا وصفاً شرعاً على ما عرفت والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبراً بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركها حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان قوله وهو هنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ أقول انما يمكن للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشتري من النقود إلى مائة دارقمة ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبهه غرض بالاشجار بالبانجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول وصح ما ذكره لم تصح الاجارة مطلقاً هذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالأمانة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له أصلاً ولا وصفاً شرعاً على ما عرفت والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبراً بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركها حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان قوله وهو هنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ أقول انما يمكن للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشتري من النقود إلى مائة دارقمة ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبهه غرض بالاشجار بالبانجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول وصح ما ذكره لم تصح الاجارة مطلقاً هذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الادراك قد تقدم لشدة
الحرق وقد تأخر البرد والفساد
ماله تحقق من حيث الاصل
فأمكن أن يكون متضمنا
اشئ ويفسد ذلك الشئ
لفساد المتضمن واذا انتفى
الاذن كان الفضل خبيثا
وسبيله التصديق ولو اشترى
الثمار مطلقا عن القطع
والترك على النخيل وتركها
وأثمرت مدة التركة ثمرة أخرى
فان كان قبل القبض يعني
قبل تخلية البائع بين المشتري
والثمار ففسد البيع لانه
لا يمكن تسليم المبيع لتعذر
التمييز وان كان بعد القبض
لم يفسد البيع لان التسليم
قد وجد وحدث ملك للبائع
واختلط بملك المشتري
فيشترى كان فيه للاختلاط
والقول في مقدار الزائد
قول المشتري لان المبيع
في يده فكان الظاهر شاهدا
له هذا ظاهر المذهب وكان
شمس الأئمة الحلواني يفتي
بجوازه ويزعم انه مروي
عن أصحابنا وحكي عن
الشيخ الامام الجليل أبي بكر
عبد بن الفضل البخاري
رحمه الله انه كان يفتي
بجوازه ويقول اجعل
الموجود أصلا وما يحدث
بعد ذلك تبعا ولهذا شرط
أن يكون الخارج أكثر

(قوله وكان شمس الأئمة
الحلواني رحمه الله تعالى
يفتي بجوازه) أقول في
الصورة الأولى أيضا

ولو اشترى مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
ولو أثمرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره

عليه ثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعي وباقي الأئمة في
الخلافية ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
وعن بيع النخل حتى ترهق قبل وماتر هو قال تميم بن حارث أو تصفارت وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان إذا سئل عن صلاحها قال حتى
تذهب عاهتها وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا
الامن حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وإنما تقدم من قوله عليه الصلاة
والسلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعله المشتري بالشرط فدل على
جواز بيعه مطلقا لانه لم يقد دخله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه وفي موطأ مالك عن
عمرو بن عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجها وقام حتى تبين
له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيه له فليفعل فذهبت بالمشتري إلى النبي صلى الله عليه وسلم
عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يا بني أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فألقى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال هوله ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه أما النبي المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم أجازوا
البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه منزول
الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم
أرأيت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مذكورة
قبل الادراك ومنهية قبل الزهو وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر وفسرها
ابن عمر بأن تأمن العاهة فكان النهي عن بيعها محمودة قبل الاحمرار ومصرفرة قبل الاصفرار أو آمنة
من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع فنهى عن هذا
البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهية عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب
حتى يسود وهو لا يكون عنب قبل السواد فيفنده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهي عن بيع
العنب عنب قبل أن يصير عنبيا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو صلاحه ويدل عليه
تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذا
بعتوه عنب قبل أن يصير عنبيا بشرط الترك الى أن يصير عنبيا فمنع الله الثمرة فلم يصير عنبيا بم يستحل أحدكم
يعني البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي واذا صار
محلل للنهي ببيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد قضينا هذه هذه النهي فانا قد أفسدنا هذا البيع
وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه
الخلافية بالحديث وحديثنا الحديث المذكور لنا فيها أعني حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك
المعنى وهو أنه مبيع متفقع به في الحال أو في ثاني الحال الى آخره وبه هذا النقصان يظهر أن ليس حديث
التأبير عام عارضه خاص وهو حديث بدو صلاح وان الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لانه مانع
وحد ثنا مبيع بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع ما لم يبدو صلاحه ما بشرط
القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا وما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان عنبه
بشرط القطع فلم يبق محل للنهي الا ببيعها بشرط الترك ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشترى مطلقا
فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبهه هلا كما قبل
التسليم (ولو أثمرت بعد القبض يشترى كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع عينه

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازها فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه وله إذا قال شمس الأئمة السرخسي إنما يجوز بجعل الموجود أصلاً والحادث تبعاً إذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها أرطالاً معلومة لم يجز خلافها لك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس الخيل أو ثمرة مجذوزة وكذا في بعض فوائده هذا الكتاب أن مراده ما كان على الخيل وأما بيع المجذوز فبأنه زرع وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمرة على رؤس الخيل الأصابع منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوزاً وموضوعاً على الأرض فباع السكك الأصابع يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيها سواء واستدل بقوله (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) (١٠٥) والمجهول لا يرد عليه العقد

وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيها سواء (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي مع لوم بالمشاهدة) كم هي نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأننا لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن مما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أدرأ الثمر فيفضي إلى النزاع سلباً لذلك لكن بجواز تراضيهما على شيء منه قد لا يكون الثمر الأقدار المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كلاً يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض

لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة) خلافاً لما لا رجة الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية

(لأنه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضهما اشتراكاً لما ذكرنا وكان الخلو في يدي بجوازها في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبعاً نقلة شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً وقال استحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عاداتهم - مخرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رجه الله وهو بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رجه الله (والمخلص) من هذه اللوازم الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببيع الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها يباقي الثمن وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع بفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الأذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الأذن كان مأذوناً في الترك بأذن جديد فيجعله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة خلافاً لما لا) أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لأن الباقي بعد إخراج المستثنى غير مشار إليه ولا معلوم الكيل المخصوص فيكون مجهولاً بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة (قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي) والشافعي وأحمد رجه الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه انبثق شيء بعد إخراج المستثنى فظاهر وإن لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لأنه مستغرق فيبقى الكل مبيعاً لأن ورود هذا على التعليل يجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وإن ظهر ارتفاعها بالآخره واتفق أنه بقي مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رجه الله (فأما على ظاهر الرواية

(١٤ - فتح القدير خامس) الشارحين يشير إلى هذا قوله (أرطالاً معلومة) ورد بأنه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو رطلاً واحداً فالحكم كذلك وبأنه لا يخلو ما أنه بقي شيء بعد الاستثناء أولاً وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم المكون المستثنى معلوماً سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لئلا يكون ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أولاً فصار مجهولاً وفيه نظر لأننا ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيها) أقول فيه بحث فإن اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس بلازم (قوله فيبطل الاستثناء

ينبغي أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية فإن حكم هذه المسئلة لم يذ كر في ظاهر الرواية صريحاً ولا هذا قال ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناءه وفي بيع أطراف الحيوان فيه وجله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناءه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وإيراد العقد يقتضي أن يكون المعقود عليه مقصوداً معلوماً فإشراك في المقصد والعلم بما جاز أن يقع معقوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعثك هذه الصبرة بكذا الاقفيزاً منهم بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه وأما لو قال بعثك هذا القطيع من الغنم الا شاة بعينها بمائة درهم فلا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراده بالعقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراده بالعقد عليه فيجوز استثناءه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة (١٠٦) كالتياب والعبيد بخلاف الكيل والوزن والعددي المتقارب فإن استثناءه قد رمنه

وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لا تقتضي إلى المنازعة قبل ما للفرق بين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فإنه جائز وبين قوله بعثك هذا القطيع من الغنم كله على أن إلى هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كما عرف في الأصول فلم يكن أفرادها إخراجاً بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط فلا أن الشاة دخلت أولاً في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل وتطير ما لو قال بعثك

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناءه الجمل وإطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه (ويجوز بيع الخنطة في سنبلها والباقي في قشره) وكذا الارز والسسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقي الا خضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبل قولان وعندنا يجوز ذلك كله أنه أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبهه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناءه الجمل) من الجارية الحامل أو الشاة (وأطراف الحيوان لا يجوز) كما اذا باع هذه الشاة الا لبيتها أو هذا العبد الا يده فيصير مشتر كتميزا بخلاف ما لو كان مشتر كاعلى السبيوع فإنه جائز وإنما قال ينبغي لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو أن كل ما جاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثناءه ويصير الباقي مبيعاً الا أن عدم الجواز أقيس بذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناءه ارطال معلومة مما على الأشجار وان لم يفض إلى المنازعة فالأصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطله فلا يس بلزم أن ما لم يفض اليه ايصح مع ما بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد تراضيا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مفسداً وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ الا تلك الارطال فبعد اذا المشاهدة تفيد كون تلك الارطال لا تستغرق الشكل والا فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الخنطة في سنبلها والباقي في قشره وكذا الارز والسسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقي الا خضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره الاول عنده وله في بيع الخنطة (في السنبل قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها (وعندنا يجوز ذلك كله أنه أن المعقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه

هذا العبد الا عشرة فإنه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان إلى عشرة لم يصح قيل ولقائل أن يقول سلمنا أن إيراد العقد بجامع على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب اننا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه الا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع قال (ويجوز بيع الخنطة في سنبلها) بيع الشئ في غلافه لا يجوز الا بيع الحبوب كالخنطة والباقي (والارز والسسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقي الا خضر والجوز واللوز والفسق في قشره في قوله الاول) وكذا بيع الخنطة في قوله الجديد واستدل بأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بمثله

أقول فيه بحث (قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز إخراج) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية (قوله واستثناءها جائز لكن لا نسلم) أقول فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للتعقيل

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبله وأفيه نظر لأنه استدلال بفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهى يقتضى المشروعية كما عرف (قوله ولأنه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أى المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل الفولية شهد بذلك وإن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لاحالة تجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بحسنه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بحسنه لا يجوز (١٠٧) أيضا الشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا

وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى عر في تمر بعينه وهما سببان في كون المبيع مغلفا أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهى في سنبله ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر البسه أشار أبو يوسف رحمه الله قال (ومن باع دارا الخ) الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع أغلقها بنساء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه لا يقرر ان كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزم منه اذا انتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء فان قيل في ذلك الشيء فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه

ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بحسنه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بحسنه لا يجوز أيضا الشبهة الربا لانه لا يدري قدر ما في السنبال (ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلقها) لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها البقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه

بجامع استناده بما لا منفعة فيه والمعول في الاستدلال به صلى الله عليه وسلم عن بيع العرر وفي هذا عرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنبال والمبيع ما أريد به الا الحب لا السنبال فراجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض) روى مسلم وأصحاب السنن الاربعة ويقال زها النخل والتمر يزهى وأزهى يزهى لغة في الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعي الربا عية يزهى كما نقل الزمخشري عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أنتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا أناعاملون وان الاتفاق على الخطاط النهى على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولأنه مال متقوم مع يوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا أما أنه مال متقوم قطا هو وأما أنه مع يوم فلأنه مشار اليه وبالإشارة كفاية في التعريف اذا المانع من رؤية عينها لا يحل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على التحريم شرطا والامتنع بيع الصبرة المشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى عر في تمر بعينه أى باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدماها الكافي العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمر ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبله وهذا اللوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها اللوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بحسنه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جازو بما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والا كارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقى واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلقها) المراد بالغلق ما تسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة

فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب أن الداخل في الداخل في الشيء داخل لاحالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع به لا يمكن الا بالطريق مطلقا ومن حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع به الاحالة والثاني مسلم ولهذا

(قوله وفيه نظر لانه استدلال بفهوم الغاية) أقول في نظره نظران (قوله والاولى الى يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فان في الاستدلال ما ذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل في الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزم منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا الترتيب يترتب في المنازع فيه فتأمل

اذلا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيل وناقدا الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزن والذراع والعداد وأما النقد فالمدكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزن الثمن على المشتري لما يئانه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعيين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين

في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوائث لانها لا تتركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالبواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بصرد راريب الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الا به) أجيب بنعم ان شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك لا يأخذ بالنسبة بواسطة أو يتجر بها ولذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة أدخلنا الطريق **فرع** يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناول البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما ينسار ع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني ان يشتره وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضى به فافسخ دلاله فيحل للبائع ببيعه وحل للمشتري ان يشتره وانما كتبها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيل ووزن المبيع وذراعه وعادته) ان كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذراع أو العدة (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولا ينكح من ذلك غير ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة وأجرة وزن الثمن على المشتري باتفاق الاثمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتميزه عنه فكانت مؤنثه عليه وأما أجرة ناقدا الثمن فاختلف الرواة والمشاخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وحيثئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لا احتياجه الى تمييز حقه وهو الجيد عن غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فلا جرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدروري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء برده بعيب الزيادة قال واختار في الواقع ان على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصحبها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبها فاعلى البائع فخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو المختار وقطع الغيب المشتري جزا فاعلى المشتري وكذا كل شيء باعه جزا فاكاثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البائع بينها وبين المشتري الكل من الخلاصة (قوله ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعيين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (انها لا تتعين بالتعيين) في البيع فلا بد من تقديم قبضها ليتساوى ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن والبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع

دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل قال وأجرة الكيل وناقدا الثمن اذا باع المكيل مكايلة أو الموزون موازنة أو المعدود عددا واحتاج الى أجرة الكيل والوزن والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وأما أجرة ناقدا الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجهه الاول ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنين قبل إتمامهما معا) لاستواءهما في التعيين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع

ولو أخذ بالثمن كفيلا أو رهن المشتري به رهنا أمالوا حال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا إذا
 أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد بن فيه روايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية إذا
 أحال البائع به رجلا سقط وإذا أحال المشتري البائع به لا يسقط ومالم يسلم المبيع هو في ضمان البائع
 في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه أو
 بأمر سماء أو بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده إلى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان
 كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا الزمه ضمان مثله
 ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع
 إلى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثل والمثل والافالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل
 لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه
 الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنين قبل
 إتمامهما معا) لاستواءهما في تعيين حق كل منهما) قبل التسليم فإيجاب تقديم دفع أحدهما بعينه
 على الآخر تحكم في دفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسليم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع أن
 يحل بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر
 في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على
 صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوري المتاع غير البائع
 لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع ودية عنده وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول
 القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه
 برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي
 أو امش خطي معه فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو
 موضوع على الأرض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع
 الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض
 وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها إليك وقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت
 قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وما لا يقدر على إغلاقها فهي بعيدة وأطلق
 في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع يبعد عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة
 وخلي بينا وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قبضا أو يبعد لا يصير قبضا قال والناس عنه غافلون
 فانهم يشترطون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس
 الأئمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنهم ما عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح
 في بيع الدار تسليم اذا تم باله فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب
 واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضا ولو باع خلاوة فحواه في دن وخلي بينه وبين
 المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه
 حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام
 لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب
 فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح ولو
 اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها إليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرسان أمكنه أخذه ان
 غير عون كان قبضا وهو تأويل مسألة الطبري في مكان آخر من غير عون ولا جبل ولو اشترى دابة والبائع

قال ومن باع سلعة ببيع
 السلعة معجلا إماما أن يكون
 بثمن أو بسلعة فان كان
 الاول يقال للمشتري ادفع
 الثمن أولا لان حق المشتري
 تعيين في المبيع فيقدم دفع
 الثمن ليتعين حق البائع
 بالقبض لكونه مما لا يتعين
 بالتعيين تحقيقا للمساواة في
 تعيين حق كل واحد منهما
 وفي المالية أيضا لان الدين
 أنقص من العين وعلى هذا
 اذا كان المبيع غائبا عن
 حضرتهما فلا يشتري أن
 يمتنع عن تسليم الثمن حتى
 يحضر المبيع ليمكن من
 قبضه وان كان الثاني يقال
 لهم ما سألوا استواءهما في
 التعيين فلا يحتاج إلى تقديم
 أحدهما بالدفع والله أعلم
 بالصواب

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قال (خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازماً أو أخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغيره اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لأنه يمنع (١١٠) لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فادونها) والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضى الله عنه كان يغيب في البيعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام

راكبها فقال المشتري احبني معك فعمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليه اسرج وركب المشتري في السرج يكون قابضاً والافلا ولو كان راكبين فباع المالك منهما الاخر لا يصير قابضاً كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيهما معا

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لثبوت حقه على الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماء ومعنى لاحقاً والمستلزم علة اسماء ومعنى وحكم وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلاً فيه كانه قطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطاً فردة عن منته ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمى اليه بترص يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوت كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واطرافه الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعيته جعلناه داخلاً في الحكم مانعاً من ثبوته تقليلاً لعمله بقدر الامكان وذلك لان علة اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فلهذا يشبهه ولقائل أن يقول القمار محرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك على ما يضعه الشرع سبباً للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد القلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك والخطر طرد في ذلك لا أثر له نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلاً بخلاف الاصل وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن الملك هل يثبت أولاً (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري وله ما ثلاثة أيام) يروي بنصب ثلاثة أيام على الطرف أي في ثلاثة و يرفعها على انه خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى قاضيجان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحیح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضى الله عنه كان يغيب في البيعات الحديث روى الحاصك في

البيع لم يكن في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلاً لعمله بقدر الامكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار أو على اني بالخيار أياماً أو على اني بالخيار أبداً أو جائزاً بالاتفاق وهو أن يقول على اني بالخيار ثلاثة أيام فادونها ومختلف فيه وهو أن يقول على اني بالخيار شهراً أو شهرين فانه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين أو لهما جميعاً أو بشرط أحدهما الخيار غيره وجه قول أبي حنيفة في الخلافية ما روى أن حبان بن منقذ كان يغيب في البيعات للمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلاية ولى الخيار ثلاثة أيام والخلاية الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو

كذلك فهو مفسد الا انا جاوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع المستدرك

﴿ باب خيار الشرط ﴾

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول لللازم وغيره قلنا يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

والمدكور في النص هو المشتري فكما عديتم فيمن له الخيار فليتعدي مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان
البائع في معنى المشتري في معنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها (١١١) لان معنى الفرق يتمكن بزيادة المدة فيزداد

الغرور وهو مفسد
ولهما حديث ابن عمر
رضي الله عنهما ان النبي
صلى الله عليه وسلم اجاز
الخيار الى شهرين ولان
الخيار انما شرع للحاجة
الى التأمل ليندفع الغبن
وقد عس الحاجة الى الاكثر
فكان كثير المدة كقليلها
فيلحق به وصار كالتأجيل
في الثمن فانه جائز قلت المدة
او كثر الحاجة
والجواب ان حديث حبان
مشهور فلا يعارضه حكاية
حال ابن عمر سلنا انهم ما سوا
لكن المذكور في حديث
ابن عمر مطلق الخيار فيجوز
ان يكون المراد به خيار الرؤية
والعيب وانه اجازا للرديهم ما
بعد الشهرين ولا نسلم ان
كثير المدة كالقليل في
الحاجة فان صاحب الحاجة
كان مصابا في الرأس فكان
أحوج الى الزيادة فلوزادت
كان أولى بها فدل على أن
المقدر لنفي الزيادة سلمناه
لكن في الكثير معنى الغرر
أزيد وقد تقدم والقياس
على التأجيل في الثمن غير
صحيح لان الاجل يشترط
للقدرة على الاداء وهي انما
تكون بالكسب وهو
لا يحصل في كل مدة فقد
يحتاج الى مدة طويلة

(ولا يجوز أكثر من مائة يوم) وهو قول زفر والشافعي وقالا (يجوز اذا سمي مدته مائة يوم) الحديث
ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين)

المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا
ضعيفا وكان قد أصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام
فيما اشتره وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بيع وقل لا خلافة وكان يشتري
الشيء فيجيء به الى أهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي
وسكت عليه وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالهمزة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا
سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط
رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصرة خيار ثلاثة ايام في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار
ثلاث فيما ابتاع انتمينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا
من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل
لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان
قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن
محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابه أمة في رأسه فكسرت لسانه وكان
لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له الحديث وهو يقتضي
أن المقول له منقذ بن عمرو ولا حبان ابنة ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابن داود وكذا رواه
البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكر نحوه وعاش
مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه ذكر
ذلك السهيلي في الروض الاتف وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة
والسلام لمنهذين عمر وقل لا خلافة واذا بيعت بيعا فانت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح
لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه وأما ما روى في الموطا والصحيح عن ابن
عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخذع في البيوع فقال اذا بايعت فعل لا خلافة والخلافة
الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث
وهو لا عس المطلوب (فرع) يجوز الخاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك
بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيابه فسد العقد عند
أبي حنيفة خلافا لهما ولو أحقاه شرط فاسد ابطال الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول
أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان
على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة حصه من الثمن وليس للبائع أن يطالب
بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى
الظهر فعند أبي حنيفة يستمر له الى أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز
أكثر منها) أي من ثلاثة ايام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكما لا يجوز عند أبي حنيفة
اذا زاد على ثلاثة ايام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقالا يجوز اذا سمي مدته مائة يوم) الحديث ابن عمر رضي
الله عنهما اجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزاء الدعوى لانهم اجوازه أكثر من ثلاثة ايام طالت المدة

(قوله والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذا لمعارضه بينهما
حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوي المنطوق حتى يعارضه فليستأمل فان المنع مجالا ثم أقول ذكره حكاية الحال
يناسب الجواب الثاني والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في
الثنى ولا يحنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم وانما يجوزناه بخلاف القياس
لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتهت الزيادة

أوقصرت وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة مدة خاصة لا غير (لان الخيار انما شرع
للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة
الى التأخير مخالفاً لمقتضى العقد ثم جازى مقتضى ارضاء عليه وبقوله ما قال أجد لقوله عليه الصلاة
والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفكهة لا يجوز
أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط
أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقاً لانه ان كان لا مكان
أن يذهب فبإرها قبل الشراء ثم يشترى الحاجة الى شرط الخيار أصلاً لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت
رؤيته سنة وان كان للتروى في أمرها هل تساوى الثمن المذكور أولاً وهى منتفع بها على الكمال أولاً
وان لم يرها فهذه لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك
يحصل في مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه من طور في فتاوى القاضى اشترى شيئاً
يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال
للمشتري أما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد
المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراً شيئاً يتسارع اليه الفساد
كالسمكة الطرية ومحمد المدعى عليه وأقام المدعى البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضى يأمر
مدعى الشراء أن يتقدّم الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضى يبيعهما من آخرى يأخذ ثمنها ويضع الثمن الاول
والثاني على يد عدل فان عدلت البينة يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع
الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعى الشراء لان بيع القاضى كبيعه ولو لم تعدل البينة
فانه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً
عليه بالقيمة وجه قول أبي حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم) ثبت نصاً على
خلاف القياس في المدة المذكورة للتروى فيما يدفع الغبن عنه ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في
هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فان معرفة كونه مغبوناً في هذه
الصفة أو لا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والاشكال يحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليهم اذ كان الزائد
على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز
بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعد ذروا يبنى الفقه باعتباره لان مثله
زائل العقل ومن هذا يظهر أن قول ابن الجوزى في التحقيق في حديث حبان أنه خرج مخرج الغالب غير
صحيح ولانه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر
حبان انه كان رجلاً ضعيفاً وكان بدماعه مأمومة أفسدت حاله أو أنه منقذ وكان قد أصابته أمة في رأسه
فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاوى الاوسط فإى حالة
تزيد على هذه من الضعف لا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة
أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجب في السمع ما ينفيه صريحاً وهو ان لم يبلغ درجة الخلة فلا شك أنه
يستأنس به بعد تمام الخلة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش عن أنس أن رجلاً
اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال
الخيار ثلاثة أيام إلا أنه أعل بابان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً وكذا أخرجه الدارقطنى عن نافع

قال (ولو اشترى على انه ان لم يفسد الثمن اذا اشترى على انه ان لم يفسد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه فاما ان قال على انه ان لم يفسد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم يفسد الثمن اياما فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم يفسد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشترط الاقالة في البيع مثل ان يقول بعثك هذا بشرط ان تقبل البيع مفسدا لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدها اولى ان يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحوزا عن الماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به ورد بان لا انبى لم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة ثم العقد وهما لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد واجيب بأن النظر (١١٤) في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة

فيها واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام فانه ان لم يفسد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار لا يفسد على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلاثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزهم محمد

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم يفسد الثمن الى ثلاثة ايام الخ) أقول قال الامام القاضي ظهير الدين ههنا مسألة لا بد من حفظها وهي انه اذا لم يفسد الثمن الى ثلاثة ايام يفسد البيع

(ولو اشترى على انه ان لم يفسد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز الى أربعة ايام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة ايام أو أكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحوزا عن الماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به

الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن لعدم الفساد في نفس الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر حقيقة القولين لافساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بخلاف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله أسقط المفسد قبل تقريره وهو كالمقلب فان التعليل هو الذي ينبغي على الاصل لأن أصل القاعدة ينبغي على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها الزفر أن الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البديل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على انه ان لم يفسد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز) والمتفجع به هذا الشرط ههنا هو البائع وكذا الوقبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة ايام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة ايام لم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع وان لم ينفذه فيه فاسد البيع ولا يفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسألة حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده عتق لان كان في يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة ايام أو أكثر) على قياس قوله في شرط الخيار (فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه) أي في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن (ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لاقياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي) وفهم المحقق بمجرد فهم الاصل مع فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للثمن الى ثلاثة ايام لكل من المتبايعين تبادر اليه أن

ولا يفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ وعلى هذا اذا اشترى عبدا شرعيته ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد ولتصريح الشارحين أنه يفسخ العقد عند عدم النقد الا أن يثبت في المسألة روايتان (قوله فان قيل الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لأن شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله اجيب بان من له الخيار الى قوله الا بحضرة الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا يفسخ بعض المدة بل يفسد العقد نقل عنه في النهاية وغيره

أما أبو حنيفة فقد مر على أصله في المحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز الزيادة في المحق به وأبو يوسف احتج إلى الفرق بين المحق والمحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام والمراد بالآثر ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ومعناه تركنا القياس في المحق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر وعلمنا بالقياس في المحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والشأن أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة (١١٥) أيام فلا بيع بينهما (وفي هذا) أي في الزائد على الثلاثة أيام

(بالقياس) وهو يقتضي عدم الجواز كما مر (قوله) وفي هذه المسئلة قياس آخر) تقدم معناه قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لأحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا فإذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق وإذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فإذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق فإذا خرج المبيع عن ملك البائع والثن عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال أبو حنيفة لا يدخل وقال لا يدخل أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى فلما

وقد مر أبو حنيفة على أصله في المحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشترط الصحيح منها فيه مفسدة العقد فاشترط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع شرعته للتروى لدفع ضرر الغبن في المبيع والثن فيتبادر إليه جواز دفع الغبن في الثمن للماطلة وكون هذا بنفسه بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك ينبرم بتمامها بل لا رد لأثره لأن المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة ألا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقد مر أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في المحق به) وهو أنه لا يراد على الثلاثة فكذلك في المحق وكذلك محمد حيث جعله جائزا لا تقييد بـ عدة وأبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالآثر يعني أن ابن عمر في جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ في هذه المسئلة بالقياس أي في نفي الزائد على الثلاثة وأما في الثلاثة فحديث ابن البرصاء على ما سئذ كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا وقد روى عنه أنه يرجع إلى قول محمد ورواه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجعوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطرار (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الأيام وإقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التملك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الإقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعتك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشترط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من إلحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما بينا (قوله) وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب (الذي هو البيع) بالمرضاة (لما عرف من قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنقد عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلاختلال والتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لا اتحاد نسبه إلى كل من له الخيار وأنه إذا كان الخيار له لا يخرج المبيع عن ملك

ذكره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (بالمرضاة) لكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولأن المرضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسماء ومعنى لا حكم فنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع

(قوله وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لا يجوز لما أنه بيع الخ (قوله لكون الرضا دخلا في حقيقة الشرعية ولأن المرضاة بالخيار) أقول فيه بحث فإن بيع المكره بيع مترتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله لأن البيع به يصير علة اسماء) أقول تأمل في صحة هذا التعليل

فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار (١١٦) ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثله اخلافا لابن أبي ليلى هو بقول قبض ملك البائع بانه

فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الاجازة وهو معنى قوله (لانه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان الاصلى الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى في مدة الخيار واما اذا هلك بعدها فليزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذا ذلك بتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قبل وانما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك لحال المسلمين على الصلاح واما ما دلبس خروجيه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظره دون الآخر واما ان البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك لا ترد

(ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظره دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة وقال لا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولاعه دللنا به في الشرع

البائع ولا الثمن عن ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا) في حق المبيع ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه (لان نفاذ بلا محل فبقى) في يد المشتري (مقبوضا) لاعلى وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه ما رضى البائع بقبضه الاعلى جهة العقد فقل ما فيه ان يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذا هلك وهو قبيح والمثل في المثل اذا كان القبض بعد سمية الثمن اما اذا لم يسم عن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيت اشتريته فضا في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول أحمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان أردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف بالهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعدما تبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال ان الخيار له لا اشكال في أنه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك أعني الانتفاخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد بدأ خذ حكمه منه (قوله) وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تهليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله اذا كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل) الذي هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه بوجوب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب في حقه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله (الا ان المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدرال لا امر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المفسد الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقال لا يملكه) المشتري وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى) ملك (مالك) ولاعه دللنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا

له الخيار لانه شرع نظره دون الآخر واما ان البديل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك لا ترد

(قوله قيل الى قوله لحال المسلمين على الصلاح) أقول ولانه يعلم منه حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه للمخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البديلين في ملك رجل واحد حكم للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ونفوقض بالمديرفان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البديل ولم يخرج المدير عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجب بأن قوله (حكم للمعاوضة بدفع النقض فان ضمان المدير ضمان جنابة وليس كالمناقبه ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لا إلى (١١٧) مالك يعني سائبة ولا عهد لثابه

في الشرع ونفوقض بما اذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وأجيب بأن كلاً منافي في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظر المشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه بما يكون عليه لاله بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض (قوله فان هلك في يده) أي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفاً ومراده عيب لا يرفع كان قطعت يده وأما ما جاز ارتفاعه كالارض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع وأما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما

ولا يحنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لا اجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكم للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار ينزع نظر المشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك بما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيقفون النظر قال (فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب بمنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيه هلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن

لا ترد التركة المتسخرقة بالدين فانها تخرج عن ملك المثل ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقبيل المذكور (ولا يحنيفة رضي الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه لا اجتماع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضدين (حكم للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأن يكون (والمعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاضدين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدير اذا أبق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدير به عن ملك ماله فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جنابة لا ضمان معاوضة شرعية وهذا لزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظر اليتروى فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أبقنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره الحقناه نقض مقصوده (اذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مفقوداً للنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بهت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع أجيب بأنه انما استحقها لانه صار أحق بها تصرفاً لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أومافي معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وما في الاجناس لو بيعت دار بجوارها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردّها اذا رآها ويبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجي زواله كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجي زواله في المدة بأن مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يردّه مر بضايل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاعرده وان شاء أجاز البيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يملك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يملك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب بمنع الرد حال قيامه كائناً ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيه هلك وقد انبرم العقد وانبرم العقد

ذكر ان هلاك المبيع ونعيبه بوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع اذا عيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيه هلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم مطاوع قولهم أبرمت الامر ابراما اذا أحكمته

فلم يمنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لانه فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل ترتب على الاصل المنقذ مذكرة وهو أن الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا إذا اشترى امرأته (على انه بالخيار ثلاثة أيام بفسد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها له أن يردّها لان الوطء لم يكن بملك المبيع حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرًا فليس له أن يردّها لان الوطء ينقصها وهذا يشير الى أن قوله (وان وطئها له أن يردّها) معناه اذا لم ينقصها الوطء فأما اذا نقصها فلا يردّها وان كانت ثيبًا اليه أشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردّها وان كانت ثيبًا لانه ملكها ووطئها بملك المبيع ولهذه المسئلة نظائر في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبًا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافاً لهما ومنها ما اذا قال ان ملكك عبد افهوه فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافاً لهما

بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمنع الرد حكماً بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها من الخيار (وان وطئها له أن يردّها) لان الوطء يحكم النكاح (الا اذا كانت بكرًا) لان الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقال يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردّها) لان وطئها بملك المبيع فيمنع الرد وان كانت ثيبًا ولهذه المسئلة أخوات كلها تنبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبًا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكك عبد افهوه

بوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكماً بخيار البائع (فيهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لانه لم يملكها من الخيار) والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلو رد البائع استمرت زوجه عنده وعندهما اذا فسخته رجعت الى مولاهن بلا نكاح عليهما (وان وطئها) بعد الشراء (له أن يردّها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في النكاح ملكاً قائماً يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئها اجازة (الا اذا كانت بكرًا لان الوطء ينقص البكر) فيمنع الرد للعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب بمنع الرد عنده أيضاً للنقص الذي دخلها لاذات الوطء فان قيل لما زوجهامولاهن الذي باعها فقد رضى بالنقص ان يزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضى بالرد فيكون راضياً بردّها ناقصة أجيب بمنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا عما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذكرناه (وقال يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يردّها) ولو كانت ثيبًا لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك المبيع فكان مسقطاً للخيار ورضاً بالمبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفريعاً على الخلاف في ذلك (منها عتق العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبه) قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكك عبد افهوه حر) فاشترى عبد بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه أما لو قال ان اشترى عبد افهوه حر فاشترى عبد بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا فوى الخالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها واشترى جارية على أنه بالخيار فاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجزئ تلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجزئ بها لوجودها بعد الملك وينبغي أن يقيّد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والمالك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردّها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبراءها عنده أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحساناً وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراءها قياساً واستحساناً الاستحسان ان الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا أنها لعقد ولو كان باتاً ثم فسخ باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياساً واستحساناً ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان أجازة فعلى

بمخلاف ما إذا قال ان اشترى لانه يصير كالمشتري للعقب بعد الشراء لان المعلق بالشروط كالرسل عنده ولو أنشأ العقب بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمشتري وجب أن ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه فإدعاء الكفارة أجيب بأنه جعل كالمشتري نصيبا لقوله فهو حر فلا ينعقد إلى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت المين لانه كالمدين في الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعقب لاعتق كذا هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضرت بعد القبض في مدة الخيار حمضة أو بعضها فاختارها لا يجزئ بذلك الحمضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولوردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع (١١٩) الاستبراء استحسانا والقياس أن

يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا وأجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة أو غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعد قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده عنده قال صاحب النهاية لا بد من أحد تأويلين إما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت منه ولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار أو يكون اشترى الامنة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدت قبل الشراء ثم اشترى بشرط الخيار لا تصير أم ولده في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير أم ولده لا ظرف الولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح

بمخلاف ما إذا قال ان اشترى لانه يصير كالمشتري للعقب بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان قبض المشتراة في المدة لا يجزئ به عن الاستبراء عنده وعندهما ما يجزئ أو لوردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع انقبض بالرذيل عدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري اصة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما أذوناه فأبرأه البائع من الثمن في المدة المشتري استبرأؤها بحمضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولده وتصير أم ولده عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعينت بالولادة وتصير أم ولده بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولده وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت أم ولده وعندهما تصير أم ولده بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري) بشرط الخيار (المبيع باذن البائع ثم أودعه عنده البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لارتفاع انقبض بالرذيل) لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا للملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري اصة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا للملك نفسه صحيح لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا للملك نفسه فتصح ودعيته المشتري لتحقيق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال الا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يؤل الى ملكه بأن يختار المشتري البيع أمالو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم إن المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع بائنا فقبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري بالخيار) عبدا ما أذوناه فأبرأه البائع من الثمن في المدة (يصح ابرأؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك

لا تصير أم ولده في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لاننا لو أجرينا على ظاهر اللفظ قلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار قبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعينت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرذيل لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما للمالك المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها مالو كان المشتري عبدا ما أذوناه فأبرأه البائع من الثمن في المدة

(قوله لاننا لو أجرينا على ظاهر اللفظ) أقول يعني الاطلاق

بقي خياره لأنه لم يملكه كان الراد امتناعاً منه عن التملك ولأنه لا يملكه كان الراد منه تملكاً بغير عوض والمأذون ليس من أهله فان قلت اذا كان الخيار للشترى فالنن لم يخرج عن ملكه فواجبه ابراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه أحسب بأن القياس ينفي صحة هذا الإبراء وجوازه استحساناً لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيراً بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما (١٣٠) وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

بقي على خياره عنده لأن الراد امتناع عن التملك والمأذون له يملكه وعندهما بطل خياره لأنه لم يملكه كان الراد منه تملكاً بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لأنه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز فان أجاز بغير حضرة صاحبه حاز

الثن على المشتري بالخيار فلا يصح إبراؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثن وهو البيع واذا صح إبراؤه بالاتفاق (بقي على خياره) في السلامة ان شاء أجازا البيع فبأخذها بالثن وان شاء رده فبإدخاله للبائع عن ذمي خفيفاً لأنه لم يملك المبيع فكان رده امتناعاً عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يملكه) أي يملك ذلك كله أن يمتنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لورده كان متبرعاً بملكه بغير عوض والعبد للمأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الراد بزم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الإبراء منه والجواب أن الإبراء بعينه يشغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره ألا يرى أن المدون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لأن شرط الخيار ليس داخل على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثن ولا يظن أنه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلاً على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيراً على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لأنه لم يملكها ولا يمكنه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أمالو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضاً على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار مالوا واشترى مسلم من مسلم عصبيراً بالخيار فتخمر في المدة ففسد البيع عنده للعجز عنه تملكه باء فباطل خياره وتم عنده ما العجز عنه رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى داراً على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعادة فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختياراً وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختياراً عندهما لأنه يملك العين وعنده ليس باختياراً لأنه بالاجارة أو الاجارة لم يملك شيئاً ومنها حال اشتري ظبية بالخيار فقبضه ثم أحرم والطبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقال لا يزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يرده ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزائد ترد على البائع عنده لأنها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لأنها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعاً أو مشترياً أو أجنبيّاً (له أن يجيز) في مدة الخيار بالاجماع الفقهاء (وله أن يفسخ فان أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فانما كان الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحد معان ثلاث

واذا كان الخيار للبائع وأسلم بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لأن العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رد صار الخرج للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخرج حكماً قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبى لأن شرط الخيار يصح منهم جميعاً فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلاثة أشياء بأن يقول أجزت وبمونه في مدة الخيار لأنه لا يورث كما سنده كره فيكون العقد نافذاً وبأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبأن يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكماً والثاني هو ما يكون بالفعل كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما

اذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فنصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضوره أو لا خروعه لأنه يفسخ حكماً والشيء قد ثبت حكماً وان كان يبطل قصداً

قال المصنف (لأن الراد امتناع عن التملك) أقول الظاهر أنه يقال عن التملك

بعضى مدة الخيار وعموته وبانغمائه وجنونه في المدة فان أفاق فيها قال الاسيحياني الاصح أنه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا له - ما والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته واسقطت خيارى ونحو ذلك وإذا كان الخيار للمشتري ففأذنه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف المالك في مدة الخيار بأن يعقب أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه أو يسلمه أو يرهقه أو يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء حارة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا أن النظر اليه من حيث هو مسموع ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الحارة بذلك يسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار اختياره ولا يختار عليه ولا يخيئ له أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقه بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقه بالوطء في ايجاب الحرمة كالضام الى الرجل وأما المباشرة مكرها كان أو مطاوعا واختار أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلا نوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد فأما المباشرة اذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباشرة اذا أقرب شهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتموقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعا الحارة الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيخان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل عمرتين وركوبها ليسقطها أو يردّها ويعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى قاضيخان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقطها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب نفسه أو غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس ونبه أخذ بالبيت وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضاها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزم العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته اثبتنا له قدرة الزامه فتفتوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فتى رد الباقي كان تقريرا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو نفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصص الزرع أو فصل

وأما الأول فهو ما يكون بالقول (١٣٣) وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الآخر أي بعلمه انفسخ

العقد بالاتفاق وان كان
بغير علمه فلا يجوز عند أبي
حنيفة ومحمد ورجحهما
الله وقال أبو يوسف يجوز
وهو قول الشافعي رحمه
الله لا يبيح يوسف ان من له
الخيار مسلط على فسخ
العقد من جهة صاحبه وكل
من هو كذلك لا يتوقف
فعلمه على علم صاحبه
كالاجازة وهو قياس
منه لاحد شرطى العقد
على الآخر ووضع ذلك
بعدم اشتراط الرضا وجعل
ذلك كالوكيل بالبيع
فان له أن يتصرف فيما
وكل به وان كان الموكل
غائبا لانه مسلط من جهته
(ولهما ان الفسخ تصرف
في حق الغير وهو العقد
بالرفع وهو لا يعرى عن
المضرة) أما اذا كان الخيار
للرباع فالمشتري عساه يعتمد
تمام البيع السابق فيتصرف
فيه فيلزمه غرامة القيمة
بهلاك المبيع وقد تكون
القيمة أكثر من الثمن ولا
خفاء في كونه ضررا وأما
اذا كان للمشتري فالبائع
عسى يعتمد تمامه فلا
يطلب لسعته مشتريا وقد
تكون المدة أيام رواج
بيع المبيع وفي ذلك ضرر
لا يخفى والتصرف المشتمل
على ضرر في حق الغير
يتوقف على علمه لاحالة كما
في عزل الوكيل والقياس

وان فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وهو قول
الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف
على علمه كالأجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد
بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك
فما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسعته مشتريا فاما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف
على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه

منه شيئا فاما اذا اشترى الزرع فهو رضاء ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضاء ولو طعن في الرعي
فهو رضاء وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رعي الماء وليس في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن
فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن
والبسها فليس برضاء (قوله وان فسخ) أي من له الخيار في المدة (بغير حضرة الآخر) أي بغير علمه
(لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وانما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ
الابعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي) وكذا
الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل
على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر وأما الفسخ بالفعل
فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر أن من قال يمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به
فيما هو فعل اختياري لانه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة
ودخول العيب بغير صنعته والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك
كالعق والبيع والوطع وجميع ما قدمنا أنه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر
من البائع (له) أي لا يبيح (أنه) أي الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذي
لا خيار له (فلا يتوقف) فسخه (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما
أنه تصرف في حق الغير) وهو الذي لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أي الغير الذي
لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف)
المشتري (فيه) فاما اذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك)
وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لسعته مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له
الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر) يجوز من قبل الأفراد
بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصد احوال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به
كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيله بالشراء وبطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيله بالبيع
وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتنسب الفساد والحاصل قياسا نعارض قياس أبي يوسف على تصرف
الوكيل وقياسه ما على عزل الوكيل ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير
بالرفع فان هذا لا أثر له في نفي الصحة بلا علم انما أثره في نفي الصحة بلا إذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف
بلا إذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لان سلم ان شرط الخيار
تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما اذا كان الفسخ بغير علمه
طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا
أن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى
ان الضرر الذي ذكرناه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبائع في حين التعارض لان ضرر لزوم القيمة انما

يكون

على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالتزام

(قوله وهو قياس منه لاحد شرطى العقد) أقول فيه تسامح لظهور ان الفسخ ليس أحد شرطى العقد

ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ من لا يملكه غير معقول ولا مشروع كاتملك من غير المال وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالتزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بأن ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لم يمتنع في من ايسر له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بأنه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليله ما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فوات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قبل الطلاق والعناق والعقود عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو موسوع لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قبل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم (١٢٣) المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان

الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر جديد سلبناه اسكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قبل اختيار الخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه أو لانه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قبل اختيار الامنة المعتقة الفرقه يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قبل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ

يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا في بيعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلامته مشترا فاما الحق من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أولا فمثل هذا كثير في الفقه أعنى الزام ما هو ضرر التقصير من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام عن ما يشتريه عليه ان كان وكلا للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف في ضرر بالزام عن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مال الكالمقداره وباهدار أقواله أعنى عقوده اذا كان وكلا بالبيع وهذا أضر على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (ولا نقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية فان المراد من سلطه أذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علم للضرر فكان الاذن مقبدا بعد عدم محل الضرر وهو حال العلم فاجابه ما ذكرنا من انتقائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه وبهذا أجابوا عن المعارضة الفائلة لولم يتفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو أيضا لانه يمكن أن يخفى صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا وهذا الضرر انما يلزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار ليجزه عن احضاره لا بالاختفاء في سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل لظاهره انه لا يخفى لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالتزام بهذا الفرع على احدى الروايتين في فتاوى قاضيان جاء الى باب البائع ليرده فاخفى فيه فطلب من القاضي خصم بالبرء عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكلام مع احتمال غيبته فلا يتطرله فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد وروايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا بناي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلان يريد أن يرد المبيع عليك فان حضرت والا

امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قبل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة أو لكونه بايجاب الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجارة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه (قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كفى الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

(قوله لان ذلك الى قوله من الالتزام الخ) أقول العناق اثبات القوة الحكيمة على ما بين لانه اسقاط والظاهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أو لانه غير زائد على موجب التخيير) أقول وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالاولي أن يقال أولا انه مرضي به ولو لا ما أقدم على الايجاب (قوله أو هو مرضي به ولو لا ما أقدم على الايجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاضيق لا النكاح

نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا عذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقبل لمحمد يعني على
هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق فيما أخذ منه وكلا ثقة اذا خاف الغيبة
حتى اذا غاب يرد على الوكيل وطريق نقض القاضي على احسدى الروايتين أنه اذا قال الخصم اني
أعذرت اليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي اشهدوا انه زعم أنه أعذرت الى صاحبه في المدة كل يوم
واختفى فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار
والاعذار وهذا لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال
غيبه للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي
يوسف لكتناو ردها بناء على تسليم تمام الدليل فيها ان الخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه
حكم ذلك وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخيير وهو بعد الرضا والعلم وهو
مدفوع بأن اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته
فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينقرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت
بعد ثلاث حبس فسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكم جديد لان الطلاق الرجعي
لا يرفع النكاح وانما ثبت البينة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف
شرط تصرفها هل هو موجود أولا ومنها الطلاق والعناق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره
بلاعلمه وأجيب بأنها اسقاطات لا يلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها اخبار المعتقد
يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها أجيب لارواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخير أثبت لهما الشرع
مطلقا وله الولاية عليهم ما ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على
الآخر بغير علمه في خيار الخيرة يقتضي أن الشرع لا يتوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه
في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على
قيام نكاح التي اعتقت ومنها اخبار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقدهما
لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية له ما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فاعدم أصلا في حقه
فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطبيق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بأن
العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق
قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملك أفدره الله تعالى عليه فاعلم ان يلزم في ضمن الطلاق
والعبرة للمتضمن لا للمتضمن وأما ما ذكروا من جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه
(فروع) اشتريا غلاما على أنهم بالخيار فرضي أحدهما لاراد لا آخر عنده وقال له ردد نصيبه ولو كان
الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري أجزته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ فان
هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك في يد المشتري قيمته
ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى
باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقباضا ثم نقض البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على
المشتري والمشتري حسب الاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري
في زراعتها فزرعها نصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري
حسبها لانه لما زرعهما باذن البائع صار كأنه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فليق البائع
فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لم
المشتري وان صح فيها فلم يرد حتى مضت كان له أن يردده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على
أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويعضى البيع جاز وطالب له

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره) اذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامشئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولاً به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهل يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار بقبوله ضمنا وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام (١٢٥) في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقة

والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصل من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصل انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سميان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بماتت للمورث أعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعقد ولا شرط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الامشئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاف ملكه بملك الغير لان يورث الخيار اذا حصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحيط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ولو أمره مطلقا فباعه بشرط الخيار لا أمر أو لا جني صح ولو وكله بالشراء تو كى لا يحججه وهو على ما ذكرنا من التفصيل بل الا أن العقد متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على الأمر بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجز نفذا نفذ على العاقد (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره) بانها كان أو مشتريا (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد عن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فلا آخر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أي الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى إن صاحبه لا يملك ابطاله (فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانما يورثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس الامشئة وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعيان ولفظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من أنه يدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئا الامشئة مبنى على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المفعول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الأبدل والمختار أن المفعول في ما قام الازيد زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب

كذلك لا بطريق النقل فلا يفهمه ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقريره لان سلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب الباقع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين وكن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار ألا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقفا متاوبا لوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقوف

قال (ومن اشترى شيئا بشرط الخيار اغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما انتقض انتقض) وأصل هذا ان
اشترى الخيار اغيره جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد
وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري
لان الارث فيه العين ومن جعلته الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند
انسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا الا
برد الكل وأما خيار التعيين فله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يجوز خيار التعيين فكأنه
ذكره الزام الناجو به كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه
اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث ما لا مشتر كافيه ثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى
الخيار فجاء الخيار لازما للعين الموروثة في الموضوعين ضمه لا قصد اعلى وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما
فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان
الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على
أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقته فسد لم يكن مرادنا بالانتقال أن يثبت
للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقيقه لآعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت
لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا أن يقال ثبوت ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم
متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق فيوقف على الدليل السهمي ولم يوجد في
المدرك الشرعي يكفي ان في الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام
أنه قال من ترك مالا أو حقا فلو رثته ومن ترك كلاً أو عيالا فالى قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح وأما الزيادة
الآخري فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بأن الملك انما ينتقل في ضمن انتقال
العين فيبعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل
فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان فالآل الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا أن المراد بقولهم
انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والحوارات المذكورة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير
ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال
الخيار الى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينبغي أن يورث فانهم ما يثبتان الملك للمشتري بالخيار
في العين فينتقل الى الورثة عين مملوكة له فيم اخياراً أن يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل
الثمن مملو كالمهم (قوله ومن اشترى شيئا بشرط الخيار اغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقداً ولا اغيره
يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقداً والمشرط له الذي هو غيره (جاز وأيهما انتقض)
البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره وإذا تضمن المبتدأ معنى
الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقداً
(أن جوازه استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد
وهو الأصح من مذهب الشافعي الآن في ثبوته للعاقداً مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه
يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع
ويبطل الشرط وجه (قول زفر ان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقداً
كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشترط ملك المبيع لغير المشتري واشترط تسليم الثمن أو المبيع على
غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياساً على خيار
الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تنس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ)
أقول ريجوز أن يكون قوله
فأيهما أجاز جاز خبراً بالتأويل
المشهور في وقوع الانشاء
خبراً وهو تقرير القول
قال المصنف (لأن الخيار
من مواجب العقد) أقول
فيه بحث (قوله واجبا من
واجباته) أقول فيه بحث
والظاهر أن يحمل الكلام
على التشبيه والمبالغة فيه
أي كبعض مواجب العقد

قال (ومن اشترى شيئا بشرط الخيار اغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما انتقض انتقض) وأصل هذا ان
اشترى الخيار اغيره جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد
وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

لان الارث فيه العين ومن جعلته الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند
انسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا الا
برد الكل وأما خيار التعيين فله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يجوز خيار التعيين فكأنه
ذكره الزام الناجو به كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه
اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث ما لا مشتر كافيه ثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى
الخيار فجاء الخيار لازما للعين الموروثة في الموضوعين ضمه لا قصد اعلى وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما
فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان
الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على
أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقته فسد لم يكن مرادنا بالانتقال أن يثبت
للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقيقه لآعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت
لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا أن يقال ثبوت ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم
متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرهما من الحقوق فيوقف على الدليل السهمي ولم يوجد في
المدرك الشرعي يكفي ان في الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام
أنه قال من ترك مالا أو حقا فلو رثته ومن ترك كلاً أو عيالا فالى قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح وأما الزيادة
الآخري فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بأن الملك انما ينتقل في ضمن انتقال
العين فيبعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل
فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان فالآل الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا أن المراد بقولهم
انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والحوارات المذكورة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير
ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال
الخيار الى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينبغي أن يورث فانهم ما يثبتان الملك للمشتري بالخيار
في العين فينتقل الى الورثة عين مملوكة له فيم اخياراً أن يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل
الثمن مملو كالمهم (قوله ومن اشترى شيئا بشرط الخيار اغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقداً ولا اغيره
يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقداً والمشرط له الذي هو غيره (جاز وأيهما انتقض)
البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره وإذا تضمن المبتدأ معنى
الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتي في درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقداً
(أن جوازه استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد
وهو الأصح من مذهب الشافعي الآن في ثبوته للعاقداً مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه
يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع
ويبطل الشرط وجه (قول زفر ان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقداً
كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشترط ملك المبيع لغير المشتري واشترط تسليم الثمن أو المبيع على
غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياساً على خيار
الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تنس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته الغير اصاله فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف تصح حاله بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما أن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ألا ترى أن من قال لعبد له خنت في عيینه كفر عن عيّنك بالمال لا يكون ذلك تحريراً اقتضاء لان التحرير أقوى من تصرف التكفير لا يكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا يخفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني أن اشتراط الخيار لا يغير لوجاز اقتضاء تصحح الجواز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ولا ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأوجب عن الأول بأن الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل نظر إلى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لأن من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعيه فرعه وأما التحرير فانه الأصل في (١٣٧) وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه

وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى التصحيح المقتضى ولو صححت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فلا يمكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو الحال عليه (واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض) ولو اختلف فعليه ما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يراه (ولو خرج الكلامان معاً اختلفت الرواية) ففي رواية يبيع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسحا كان أو اجازة

ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحح التصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يراه فيه غيره ولو خرج الكلامان من معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه

وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأى والتدبير غير واثق به في ذلك بل بغيره عن يده لم حزمه وجودة رأيه ومعرفة به بالقيم وأحوال البياعات فيشترط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصححه وأجنبيته عن العقدانغتنع إن سلمنا صحة مانعته لو أجزأه أصلاً مستقلاً لكننا لم نعتبره إلا تبعاً لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحح التصرفه فيثبت لهما واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الأصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعاً لقائنا الملازمة ممنوعة لأن المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولاً وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبداً عني بألف انما هو العتق فكان التملك مقصوداً لغيره تبعاً لقصده ليصح العتق عنه وإن كان أصلاً بالنسبة الى الوجود فكذلك انما المقصود أولاً وبالذات ليس الا اشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالقرض فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الأصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم يجوز اشتراط الثمن على الاجنبي وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أوجب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لا اشتراطه على الاجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعنى به ثبوته على المشتري عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفه كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي ضرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يراه فيه غيره ولو خرج الكلامان معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية) كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذي هو (الفسخ في أخرى) هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الاجنبي (وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه)

(و) في رواية ما دون المبسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الأول أن تصرف العاقد أقوى) والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك أن تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المئوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقةها الوكيل والموكل معافان الواقع طلاق أحدهما لا يعينه وأوجب بأن الترجيح يحتاج

(قوله تصح حاله بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني أن اشتراط الخيار لا يغير لوجاز اقتضاء تصحح الجواز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض ببيان انه جعل الخيار نائباً للعاقد في اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار لا يغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ لا يغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحاً فتأمل ذلك (قوله فالجواب أن المشتري أصل الخ) أقول فيه بحث لأنه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضاً الاعتبار للقاصد والغير هو مقصود البائع عطالته الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة وأما إذا انحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجه) القول (الثاني) ان الفسخ أولى لان الجواز يلحقه الفسخ كالأجازة والمبيع هلك عند البائع (والفسوخ لا يلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ به لالك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا لاقى من له الخيار غيره فتنافس المبيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للفسوخ واجيب بأن الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف) في المبسوط قيل والثاني أصح وأمل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما أصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنب من حيث شرط الخيار لم يترجح الامر من حيث التصرف فربحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تلك العقد عارضته في ذلك (قوله واستخرج ذلك) (١٢٨) يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما (و) انما (استخرج) بما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من

غيره معاً فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) ويجعل العبد مشتركاً بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أن ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك للمالك كيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرناه وارجع على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه

وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان الجواز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك بما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبائع فاسد وان باع كل واحد منهما بمائة على انه بالخيار في أحدهما ما بعينه جازا لبيع) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب

والتصرف الصادر عن اصاله أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته فطلقاها معاً فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينا ولو كان المرح الاصيل تعين طلاقه اجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالمالك في النكاح فكانت عبارته عبارة فالصادر من كل منهما ما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجح بكونه أصيلاً أو وكيلاً لان الوكيل بعدما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاسد نوباً ثم يترجح بنفس التصرف و (الفسخ أقوى) لانه يلحق الجواز فيطاله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الأئمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلافها في ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع من باع منه الموكل ترجيحاً لتصرفه للاصاله (وأبو يوسف بعته برهما) على السواء فيجعل العبد مشتركاً بينهما ويخير كل منهما بالفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره ولكن يتخير صاحبه بالفرق الصفقة عليه (قوله) ومن باع عبدين بألف على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبائع فاسد الخ والمسئلة على أربعة أوجه (في ثلاثة البيوع فاسد وفي واحدة صحيح) (أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله (وهو الوجه الاول) المذكور (في الكتاب) والظاهر أنه يريد به البداية لان الهداية

لا معارض لهذا الرجحان بعدم مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فتناهي كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح شرحها فيه لان عدم رجحان تصرف المالك للمالك كيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك أن يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنب من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما ما يستفيد الولاية من غيره فيتبرجج تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف واعتبارهما ما يدل على انه لا ينظر الى أحوال المتصرفين انما هو ما فيه فبقى النظر في حال التصرف نفسه والفسخ أقوى لما ذكرناه قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصل لأحدهما أو حصل لهما أو حصل التفصيل دون التعيين أو العكس من ذلك فان كان الاول بأن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام (قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصـ له انه لا يدخل له عدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه وكلمة لماتدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الإيجاب

فسد البيع لجهالة المبيع والتمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالة ما أولى وذلك لأن الذي فيه الخيار كالتأجيل عن العقد إذا تقدم الخيار لا ينعقد في حق الحاكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فتمنه مثله وإن كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جازا لبيع لأن كل واحد من المبيع والتمن معلوم فإن قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد القن إذا جع بينهما في البيع أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لأن كون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخل في العقد وإن لم يدخل في الحكم فصار كما إذا جع بين قن ومدير في البيع فإن المدير محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا (١٢٩) للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جع

بين حرقن فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخل في العقد ولا في الحكم وأما أن يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للعقد عليه فلا يكون مفسدا وأنه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط وإن كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسد أيضا لجهالة المبيع وإن كان الرابع لجهالة التمن فإن قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر ففسد في القن إذا جع بينهما وبين المدير أو أم الولد ولم يفصل التمن أجيب بأن عدم التفصيل مفسد إذا أدى إلى البيع بالحصصة ابتداء فيما إذا منع عن انعقاد العقد في حق الحاكم مانع كشرط الخيار فإنه يجعل

وفساده لجهالة التمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالتأجيل عن العقد إذا تقدم الخيار لا ينعقد في حق الحاكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل التمن ويدين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والتمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرط لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جع بين قن ومدير والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة التمن

شرحها (وفسادهما لجهالة المبيع والتمن) جميعا وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحاكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم غن المبيع مجهول لأن التمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء وثانيها وهو الوجه الجائر أن يعين كلا بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في هذا الاتقاء المفسد من جهالة أحد الأمرين فإن قيل إن اتنى مفسد لجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرط لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الإشارة إلى السؤال بقوله (وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرط لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي من فيه الخيار (محلا للبيع) فهو (كالموجع بين قن ومدير) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بحصته وإن كان قبول العقد في المدير شرط فيه وذلك لدخول المدير في البيع لمصلحة له في الجملة وهذا الوقضى القاضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرط صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لأن الحر ليس بمحل أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدير في البيع خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها فصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل التمن وهو أن يقول بعتك هذين بألف على أني بالخيار في هذا والفساد فيه لجهالة التمن لأن المبيع وإن كان معلوما بتعين من فيه الخيار إلا أن تمنه مجهول لما قلنا أن التمن لا ينقسم عليهما بالسوية فإن قلت ما الفرق بين الذي لم يعين فيه التمن وبين ما إذا جع بين عبيدين في البيع بتمن واحد فاذا أحدهما مديرا ومكانب أو جاريتين فاذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة التمن مع أن غن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصصة أجيب بأن

(١٧ - فتح القدير خامس) العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحاكم كالمعذور فلوانه قد في حق الآخر انعقد بالحصصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما إذا جع بين القن والمدير ما يمنع عن انعقاده في حق الحاكم وله هذا الوقضى القاضى بجوازه نفذ فكان قسمة التمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدير وأم الولد لا ابتداء بالحصصة

(قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي خلاص الحكم (قوله وأنه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول وجه التأمل أن شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يترقى في الجواب أن شرط الخيار لما كان مجوزا شرعا على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر فتأمل

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء) ومن قال اشترى أحد هذين الثوبين على أن لي أن يأخذ أيهما شاءت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الأتوب الثلاثة وأما إذا كانت الأتوب أربعة فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساد في الأربعة لأن المبيع أحد الأتوب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع متفاوتة في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر (١٣٠) والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان أنه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط

فجاء الخافق وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق له والأرق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يشق به (لخبرته أو اختيار من يشق به لاجله كما مر أنه وبنته) والبائع لا يمكنه من الحمل إليه إلا بالبيع فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم أن (الجهالة تفضي إلى المنازعة) لأنه لما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازعة فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة فأما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأتوب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فأنما تحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردي فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج إليه فانتفى عنه جزء (قوله بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه أنه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف فإن المفهوم من

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة) كانت أربعة أتوب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق والأرق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يشق به أو اختيار من يشق به لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي وفيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين

من مشايخنا من لم يشترط بالفرق وقال قياس ما ذكرهنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في الفن وبصير ما ذكرهنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد فظا ومعنى فأن الفساد لأن شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعذور فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء في تلك المسائل فإن المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرهنا بتفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبد دين على أنه بالخيار فيهما ما وقع بهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وإن تراصيا على إجازته لأن الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نفقت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم وخياره فيه ما باق كما كان لو باع عبدا واحدا أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نفسه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء وهذا خيار التعيين يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للبيع أما إذا قال بعثك عبدا من هذين بمائة ولم يذ كر قوله على أنك بالخيار في أيهما شاءت لا يجوز اتفاقا كقوله بعثك عبدا من عميدي وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الأربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان أن شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق والأرق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأن الإنسان قد يحتاج إلى رأي غيره) في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحجث يحضر لعلوه واتجهبها خصوصا إذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تباع الأسواق وغارس الرجال اشراء حاجتهم فاحتاج أن يدفع إليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من جملة إليه إلا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقيق الجيد والردي والوسط فيها) فيندفع بجملة واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تفضي إلى المنازعة) جواب عن تعليق زفر والشافعي

كلامه توقيت خيار التعيين إلا أنه غير هذا الإشارة إلى وجوب توقيت خيار التعيين إذا انفرد عن خيار الشرط كما سيجي بها (قوله فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع) أقول لو كان منع الجهالة لفضائها إلى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع في الأربعة إلى مريض أذ ليس فيه هذه الجهالة فالأولى أن لا يقيدها الجهالة به كما فعله المصنف وغيره (قوله أو اختيار من يشق به لاجله كما مر أنه وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل إليه) أقول ضمير إليه راجع إلى من في قوله من يشق به

العله والحكم لا يثبت الا بتمام علمه واعلم أن محمدا ربه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام
وذ كر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما
ثلاثة أيام فإدونها عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم
يذكر الزيادة وذ كرهما فيما ذكر كان اتفاقا لا قصداد وهو اختيار نحر الاسلام حجة الأولين ان جوازه بطريق إلحاق بوضع السنة فلا
يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملق عن الملق به ليس بشرط في إلحاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان إلى الكل والشرب
عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخري ان خيار التعيين مما لا يتوقفت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة
ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذ كر خيار
الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يتخلو إما أن يذ كر خيار الشرط مع خيار التعيين (١٣١) أولا فان لم يذ كر فلا بد من توقيت

خيار التعيين بالثلاثة عند
أبي حنيفة رحمه الله وبعدة
معلومة أي مدة كانت
عندهما كما في الملق به
فان قيل ينبغي أن لا يجوز
خيار التعيين في الزائد على
الثلاثة عند أبي يوسف
لانه أخذ بالقياس في قوله
ان لم يتقد الثمن إلى أربعة
أيام فلا بيع بينهما أوجب
بأن قوله ان لم يتقد الثمن إلى
أربعة أيام تعليق فلا يلحق
بمختيار الشرط فلا يكون
الاثر الوارد في خيار الشرط
وارد فيه بخلاف خيار
التعيين فإنه من جنس
خيار الشرط لان في كل
منهما خيارا بغير حرف
التعليق فكان الاثر الوارد
في خيار الشرط وارد فيه

(قوله وان لم يذ كر الزيادة)
أقول يعني قوله ولي الخيار
إلى ثلاثة أيام قال المصنف

وهو المذ كور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذ كور في الجامع الكبير فيكون ذ كره على هذا
الاعتبار وفاقا لا شرط اذا لم يذ كر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبعدة معلومة
أيها كانت عنده ما ثم ذ كر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح
لان المبيع في الحقيقة أحدهما والآخرا مائة والاول تجوز واستعارة

بها واذا ظهر أن جوازه هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو
غائبا يظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق
والأرفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لا علم منه فيرد جانب البائع إلى القياس فلهذا
نص في المجرد على أنه لا يجوز في جانب البائع وذ كر الكرخي أنه يجوز استحسانا لانه يبيع بمجوز مع خيار
المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل
من شرط جوازه هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في
الصورة قيل نعم كما (هو المذ كور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضخان إلى أكثر
المشايخ وقال شمس الأئمة في جامعهم هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذ كور في الجامع الكبير) وغيره
والمذ كور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه نحر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس
بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأبى جوازه هذا العقد لجهالة
المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بوضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف
هذا الكلام فإنه يقتضي أن شرط إلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة المحقة الصورة الثابتة
بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بمختيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه ان
لم يتقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما ان
تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلاما من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو
بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع
الذي فيه الخيار لانه يسقط خياره ولو ردا أحدهما كان بمختيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط

(وهو المذ كور في الجامع الصغير) أقول لم لا يجوز أن يكون المذ كور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين (قوله وفيه نظر
الخ) أقول ولأن تقول مراد الأولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتا معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة
الزليعي في شرح الكتر فلا يرد النظر إذ يعود الضمير على هذا إلى خيار التعيين (قوله وحجة الآخري إلى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول
كما ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فخلله بين فان التوقيت
المذ كور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما ولهذا استدلل على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على
ما فصل في المحيط والذخيرة فيجبر على التعيين بعدم مضي الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذ كر خيار الشرط معه
ووقت ومضت مدته بلفظ فرق فتأمل ثم أقول محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامعاه
على ما كان قبله اذا لم يعين المشتري أحدهما فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل (قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

(ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لأن المعيب ممتنع (١٣٣) الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لأمانة لا ممتنع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعاً ما يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشروع بالبيع والامانة فيهما

الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يوزن والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشرير المختلط ماله بعمال غيره فماله يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يراض على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أي حنيقة كافي خيار الشرط لانه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه اذا كان فيه خيار الشرط فضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بهما عندهما وخيار التميز غير موقت فيه تطرؤ قد طواب بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذ بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليهما أوجب بأن في خيار النقد تعليل قاصر بحاجب أداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وادفاه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب أن أخذه في خيار النقد في الثلاثة باثر لابن عمر فيه ونقي الزائد بالقياس وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان بن موسى ابن البرصاء قال بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم يتقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل بالانزاع في هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لأمانة لا ممتنع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضهما لا ممتنع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرئ عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعد هلك بغير شيء لانه تعين انه أمانة أمالو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلكا معاً) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشروع بالبيع والامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما ما وأثر هذا انما يظهر اذا كان بينهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلغا في الهالك أو لا فادعى البائع انه أكثرهما ثمناً وقال المشتري الأقل فان القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعلا كأنهما هلكا معاً ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل فان أقاماها قضى بينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معاً بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المرءود شيئاً استحساناً لأن المعيب محل لا ينداء البيع أيضاً بخلاف الهالك ليس محلاً لا ابتداءه فليس محلاً لتعيينه ولو كان البيع فاسداً فقبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعاً ضمن نصف قيمة كل منهما ما بخلاف البيع الصحيح فانه ضمن نصف ثمن كل فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الامانة وأحدهما لا على التعيين مبيع كما كان أحدهما لا على التعيين أمانة وامتناع الرد للعيب المعلل

اختياراً دلالة فان قيل قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك يجب القيمة عند الهلاك أوجب بأنه أقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتره وقد قبضه باذن المالك فكان أمانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل إحدى امرأتي أو أعتق أحد عبديه فماتت أحدهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق أوجب بأن المرأة اذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلبة وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا أشرف عليه خرجت عن محلبة الردل عليه فتعين لكونه مبيعاً ولو هلكا جميعاً معالزهما نصف ثمن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعاً فشاع البيع والامانة فيهما

أن يكون على حذف المضاف والقرينة القرينة (قوله فكان التعيب اختياراً دلالة) أقول فيه بحث (قوله لانه لم يقبض الآخر ليشتره الخ) أقول أي ليستديم اشتراءه فان مقصوده

استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك لأحد بالتعيب فبقي الآخر أمانة (أقول أوجب بأن المرأة اذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلبة وقوع الطلاق) أقول فيه تأمل فان خروجها عن محلبة وقوع الطلاق بالاشراف على الهلاك غير مسلم به

وأما إذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فله أن يردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لانه أمين في أحدهما فإيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشترط بشرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فاذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد أحدهما وان اختار أحدهما الزمه نفسه لانه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أميناً فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فلا خلاف ملكه ملك الغير فان قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه إشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحساناً قالوا واليه أشار محمد في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياساً على خيار (١٣٣) الشرط وذكر في المجرد أنه لا يجوز لان هذا

البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذا المبيع كان منه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير ونين مما ذكرنا ان المبيع أحد الثوبين والاخر أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف في بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز وأثبتنا نفسر الاسلام وقال في وجه المجاز

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى داراً على انه بالخيار)

به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم اذا اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الامانة أجيب بأن اعتبار المبيع عمل بالاداء الحادث وهو البيع فانه سبب لا يجب الضمان ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته وأما عدم الضمان على الامين فباعتبار الحال فان قيل لم يضمن الا آخر اذا هلك ثانياً باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منه ما على حقيقة الشراء لا أحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على ان أحدهما غير عين مبيعة وأحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهم من الاسباب تعين الاخر لامانة فان قيل لا شيء انعكس حكم طلاق إحدى الزوجتين وعق أحد العبدین هنا حيث يتعين للطلاق والعناق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع أجاب على القى بأنه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير أنه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعناق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لا شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الاحد الدائرين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محللاً للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي بالضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج عن كونهما محللاً للطلاق والعناق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يتمتع عليه رد الاخر لان العقد تناولهما جميعاً حتى ملك اتمام العقد فلهما فاذا انعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما (قوله ومن اشترى داراً على انه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما

ان كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعاً قال (اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهم الاول ولو للمرجان أضاف الخروج اليهما وان كان يخرج من أحدهما قال (ومن اشترى داراً على انه بالخيار) رجل اشترى داراً بخيار الشرط

(قوله وأما إذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله فان لم يذ كر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لان الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول يعني لا للشرط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ فقوله ولهذا ايضاح لكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار بل خيار ابتدائي كما سبق ولهذا لا يتوقف وهذا ظاهر للتأمل فلا وجه لما قاله الاتقاني قال المصنف (ومن اشترى داراً الى قوله الى اختياره الملك) أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها بقليل تأمل والظاهر أن المراد بالاخذ القرب منه بطلبه

(فبيعت دار أخرى بمجنبها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا) يسقط به الخيار لان أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدانة الملك واستدانة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجوار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجوار في دار يريد ردها قال شمس الأئمة أما وجوب (١٣٤) الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة

فلا نه صار أحق بالتصرف فيها وذلك بكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بمجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملك كاربعة دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بمجنبها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لم يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة أيام فرضي أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يردده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردده وكذا اذا اشترياه ورضي أحدهما بعب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرباه ثم رأياه قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول

فبيعت دار أخرى بمجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدانة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يردده) عند أبي حنيفة وقاله أن يردده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

(فبيعت دارا الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بمجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بهارضاهم الا انها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لانه) أي الشان (ما ثبتت) الشفعة (الا لدفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدانة) الملك حيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة) لانه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا بغير الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شرائه فله الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتجبه له الشفعة بها والوجه أنهم ما أيا يحتاجان الى زيادة ضمنية لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو منزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك بكفيه لاستحقاق الشفعة بها **كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهم ما يستحقان الشفعة** وان لم يملك كاربعة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له أن يرددها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة به (قوله) (واذا اشترى الرجلان عبدا) مثلا (على انهما بالخيار ورضي أحدهما بالبيع) بطل خيار الآخر (فليس له أن يردده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يردده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطمعا على عيب فرضي به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما ذلك أو اشترى بواو لم يرافعه عند الرؤية رضي

أحدهما

انما قال من وقت الشراء اذا لا مرجح لاثبات الملك في الاوقات التي بعده حتى يتعين له (قوله)

لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجوار (قوله فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا لان سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجمع الملك عند أبي حنيفة الخ قال المصنف (فليس للآخر أن يردده عند أبي حنيفة الخ) أقول انما نل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه اذا ردا أحدهما فليس للآخر أن يرضي وما الذي يترجح به جهة الرضا على الرد

لهم ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظرا لاننا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما الا ترى ان من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمسكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الامهاتاة والخيار ثبت نظر المن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره وانما قيد الضرر بالرائد لان في امتناع الرد ضرر أيضا للرائد ان لم يكن من الغير بل المجزء عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير أقطع وأجفع من الحاصل من نفسه فان قبل بيعه منهما رضاهما لعيب التبعية أحبب بأنه ان سلم فهو رضاه في ملكهما الا في ملك نفسه فان قبل حصل العيب في يد البائع بغيره لان تفرق (١٣٥) الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد

نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرد به بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله (قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار) جواب لهما وتقرر به ان اثبات الخيار لهما ما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خيارا أو كاتب) رجل اشترى عبدا على أنه خيارا أو كاتب فمكنا بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خيارا أو كتابا

لهم ان اثبات الخيار لهما ما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على أنه خيارا أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) أحدهما دون الآخر (لهم ان اثبات الخيار لهما ما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه) حقه (وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهاياة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بالحق الضرر بالآخر فان قبل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب أجيب أنه انما رضى به في ملكهما فان قبل بل رضى به مطلقا لان الخيار مع لوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعني لا يلزم من كونه شرطه لهما ما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلام من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر انما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خيارا أو كاتب) أي حرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك فالشراء بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه غرر صحيحا والاصل في اشتراط الاوصاف ان كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجود وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها تحلب جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاح وفي الكتاب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مائة ولا به أمالوا اشتري جارية على أنها حامل

فهو بالخيار بين أخذ جميع الثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتباً وخياراً على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بطلاق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بطلاق العقد ويقوم غير كاتب وخيار في نظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك أمارده

(قوله وفيه نظرا لاننا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضى بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكيلان فليتأمل (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ضرر للرائد) أقول أي المريد الرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراعي فلا نسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرد الخ) أقول يعني وكذا لا يرد اذا كان الرد موجبا للعيب

فلا ن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس مرغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد الشرط لانه الرجوع الى صفة الثمن أو المثلن كان ملائما للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر (١٣٦) فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل أو على انها تحلب كذا فان

المبيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول بصير الكل مجهولا ولهذا الوشرط انها حاوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ربح وعلى تقدير كونه ولدا لا نعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فقواته يوجب التخيير لان المشتري ماضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أى الذى يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نجيحة فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل

لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ماضى به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والافوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذ أخذ بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالتماقة والشاة وقيل يجوز لان الحمل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها ظمرا فشرط انها حامل يعنى ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر ف كانت كالتماقة وان لم يرد ذلك جازح لاقصد البراءة من عيب الحمل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقرة والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حاوب لا يجوز لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كتابا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز أعنى الاسم الذى يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع أو يخبر قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله واذا لم يجده كما ذكر وامتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت رعن أبي حنيفة لا يرجع بشئ لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعدر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كافي العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كتابا وقال البائع سلمته اليك كتابا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل أنه ينسى في مثلها قال القول للمشتري والاصل في هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بمؤيد وان لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس به هذا الوصف وقال البائع هو به هذا الوصف للحال يؤمر بالخبر والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك قال القول قول المشتري ورده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان بكر لزم المشتري بلا عين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليقين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمته بالحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضه يحلف بالله لقد بدعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري

بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الناحث في الأغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية وروى وفسد به العقد وان كان مما لا يوجب كذا راجعا الى النوع كذا كرنا من المثل فلا يفسد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وأما أخذ بجميع الثمن فلا ن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أتول لا يظهر فائدة هذا القيد فليتم

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبائع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاعرده) وقال الشافعي لا يصح العقد أصلاً لان المبيع مجهول

وروى عن أبي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتين قبل القبض بلايين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للعالم فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يثق بهن ولو قال بعثتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لان الأصل هي البكارة ولا يبرها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجدته خيراً مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والنياب اجناس أعني الهروي والاسكندري والمروى والكندان والقطن والذ كرمع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط نفس التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً أو هندي فوجده مروياً أو كان فوجده قطناً أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو داراً على أن بناءها آجر فاذا هو ابن أو على أن لبناء ولا نخل فيها فاذا فيها لبناء أو نخل أو أراضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجده واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فضاء على انه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه خيل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقة فكان جلاً أو لحماً معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو حماراً أو بعيراً فاذا هو اتان أو ناقة أو جارية على انها رتقاء أو حبلى أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل ولو باع داراً فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك بمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله ومن اشترى شيئاً لم يره فالبائع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن وان شاعرده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أبواب هروية أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً ومنه أن يقول بعثتك ذرة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار اذا رأى شيئاً من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعثت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعده القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كان يقول بعثتك شيئاً بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلاً) هو فيما لم يسم جنسه قولاً واحداً انه

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئاً لم يره فالبائع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعثتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الذرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعثت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير مسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزاً أي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالمبيع بالرقم

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال العلامة الكاكي في المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول في كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جواز سيما بالاجماع كلام قائل

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه) وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال قال عليه (١٣٨) الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لا جاعلا على ان

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تنفي الى المنازعة لانه لو لم يوافق بده فصار بجهالة الوصف في المعايين المشار اليه

المشتري اذا كان قد رآه
فالعقد جائز وان لم يكن
حاضرا عند العقد فلنا بل
المراد النهي عن بيع ما ليس
في ملكه بدليل قصة
الحديث فان حكيم بن حزام
رضي الله عنه قال يا رسول
الله ان الرجل يطلب مني
سلعة ليست عندي فأبيعها
منه ثم أدخل السوق
فأستعيد ما فاشترى بها فأسلها
اليه فقال عليه الصلاة
والسلام لا تبع ما ليس عندك
وقد أجمعنا على انه لو باع
عينا مريثا لم يملكه ثم ملكه
فلم ييجز وذلك دليل
واضح على ان المراد به ما ليس
في ملكه والمعقول وهو ان
الجهالة بعدم الرؤية لا تنفي
الى المنازعة مع وجود الخيار
فانه اذا لم يوافق بده ولا نزاع
ثمة يقتضي خياره وانما
أفضت اليها لوقفتا بانها
العقد ولم نقل به فصار ذلك
بجهالة الوصف في المعايين
المشار اليه بان اشترى ثوبا
مشارا اليه غير معلوم عدد
ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم
العين وان كان ثمة جهالة
لكونها لا تنفي الى المنازعة
وعورض بأن البيع فوعان
بيع عين وبيع دين وطريق
المعرفة في الثاني هو الوصف
وفي الاول المشاهدة ثم ما هو
طريق الى الثاني اذا تراخي

لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحمية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطلمة رضي الله عنهم ما وجد المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصر عليه يعني وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه انتهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة فلما أضاف النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اذنا فاما لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع معلوما كالبايع فقتضينا عهده وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غير ذلك ليس الا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فاما اذا أوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب وارقت جواز البيع على حضوره ورؤيته ربحا ففوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير حقوق شيء من الضرر فأنى يتناول النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصلحة العباد قطعاف كان مشروعا وقاطعا فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعاف ليس الا لاثبات قطهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولنا بدليل وكفانا في اثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا وبيق الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلين حديثنا اسمعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدالة لا يتفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه ينبت على أن العمل على وفق الحديث هل هو صحيح له وهي مسألة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا مال يعلم أن عملا عن الحديث وقد روى الحديث أيضا مرفوعا رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة الا أن في طريقه الى أبي حنيفة عمر ابن ابراهيم الكردي نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز غير بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشتم كسكك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شتمه فله الفسخ عند شتمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجد منه متغيرا لان تلك الرؤية غير مرفقة بالمقصود الا أن وكذا الشراء الاعني يثبت له الخيار عند الوصف افاقيم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار بجهالة الوصف في المعايين المشار اليه) يعني فيما لو

عن حالة العقد فسد العقد وكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخي فسد وأجيب بأن المعارضة ساقطة

اشترى

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضي المشروعية

لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تفريع على مسألة القدوري يعني كما أن له الخيار اذا لم يقبل رضى قبل فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي روينا والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لثلاث ائلام وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لم يلزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فسادى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالتبطل فكأن معلقا بما فلا يوجب دقيلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منه ما فجاز فسخه لو شاء فيه ألا ترى ان كل واحد من العاقلين في عقد (١٣٩) الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ

باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجب بدونه فكذا ملزمه لان ما هو شرط للزوم فهو شرط للزوم (قوله ولان الرضا بالشيء) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء الرضا والرضا بالشيء (لا يتحقق قبل العلم بأوصافه) لان الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فانهما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدله

(وكذا اذا قال رضى ثم رآه أن يرد) لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا يقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

اشترى ثوبا بشارا اليه لا يعلم عدد ذرعه انه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفاسد مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضى) الى آخره أى وكذا الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضى كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه أن يرد لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدرو هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا أجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لم يلزم مع استواء نسبة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء قد يثبت بأسباب كثيرة فالحدث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ في الان معنى الخيار أن له أن يجزوا ان يفسخ ثم ثبت الاجازة بسبب آخر فيبقى على عدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضى قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والافهول لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا رواية فيه وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية) فلو لم يلزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم ان يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم لزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا نمنع تحقق عدم لزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فثبت له ثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والاجازة معا وعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الايمان والاجازة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الايمان الخاصة بخلاف ما لو

من انتفاء احتياجه الى المبيع أو ضياع غنمه أو استغلاله فلا يلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منه ما لو شاء فيه على ما فصله المحجب غاية ما في البيان أن عدم الانبرام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتما مل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجب بدونه الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجي في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول فيه أنه أن عدم العلم بأوصافه غير مروض فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي بأوصافه

قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زبافه وبخياره ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري إذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا يفسخ برد (١٤٠) الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فإنه يصح من

الجانبين كما تقدم (وهذا) أي الخيار للبائع انما هو باعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أي من جهة البائع (وثبوتا) أي من جهة المشتري (وتتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فان بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج اتمام الرضا فيلحق به دلالة أجيب بأنهم ليسا بسين فسه له الرد من جانب المشتري باعتباره ان كان نظنه خيرا مما اشترى فبرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده باعتباره ان المبيع ازيد مما ظن فصار كالو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء ولا يثبت دونه وروى أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غنيت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غنيت فقال لي الخيار لاني بعت مالم أره فحكما بينهما ما جبر بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم كان البيع اناء من أحد النقيدين فان فيه الخيار ولو بناه عامقا يضة ثبت الخيار لكل منهما ومحل كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد مالم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه بوجوب المطالبة بالعلمين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرد ما بدا وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد دخلا فلا يوجب كفا هو خلا فهم في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع مالم يره) بأن ورث عثمان من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له) وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة (وخيار الشرط) فإنه يجوز له ما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لان ثبوته في العيب معقول لا احتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه يجوز متأخر المصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعني في حق البائع (وثبوتا) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) بخلاف انه قياس بمجامع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بعدم حصوله ان ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بحكم العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا وليس الواقع هذا الظهور واختلاف حكم الاصل والفرع ولولم يختلفا فالأصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حقه أن يرجع وذ كر المرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشراء ولا يثبت دونه) ولا يخفى انه نفي للحكم بفهم الشرط اذا حصل انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص ان طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا فقل عثمان انك قد غنيت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت مالم أره وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لاني اشتريت مالم أره فحكما بينهما ما جبر بن مطعم رضي الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بمحض من الصحابة رضي الله عنهم لان قضية يجري فيها الخلاف بين رجلين كبير بن ثمامة ما حكى فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرته وانتشار خبرها فحين حكم جبر بن ثمامة ولم يرو عن

واختيارين فليجز من البائع وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبر بن عثمان وطلحة كان بمحض من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الخلاف دلالة وقياسا ولهذا يرجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث

قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية بوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبهه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطل عند الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحتمل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والالبطلت فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة فانت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به أو يمتحن به لكنه لا يحتمل في غير الملك بحال أو يمتحن به ويحتمل في غير الملك لكن فعلة مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحتمل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار الملك لعدم الحاجة اليها والحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحتمل الوطء في غير الملك فكان اختياره قبل يشكل على هذا الكلي مستلزمان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فيبعت بمجنها دارا فآخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمستلزمان في فتاوى قاضيان وأجيب بان الاصل فيه ما هو وان خيار الرؤية لا يبطل بصرح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل (١٤١) الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم لاخذ

بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بأن يكون تعيبا أو تصرفا يعنى في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منه ما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ بطل الخيار

أحد خلافه كان اجنا عا سكونيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه واختار انه لا يتوقف (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعنى بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل ذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للتصرف (كالاعتاق) للعبد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلاص الحق فيه للمشتري وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا (عذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تفصيله في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعى عدمه

على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدا فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا ان هذا التصرف يعتمد الملك ومالك المنتصرف في العين قائم فصادف الغل ونفذ وبعده نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افنتك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بأن ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعدها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة

(قوله فأشبهه الرد بالعيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعنى أن الضابط يفهم مما ذكرنا في قوله ويعلم (قوله ويحتمل في غير الملك) في الجملة أقول يعنى باجازه الملك (قوله قبل يشكل على هذا الكلي الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفى في صحة الكيفية فانه لم يبق ل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لان سلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أى فسخ البائع استقلالاً (قوله لا يمكن رفعه) أقول مطلقا ومن التصرف مستقلا

وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا أي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعني اذ لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعد هذا الوجود الدلالة مع عدم المانع (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) اعلم ان المبيع إما أن يكون شيئا واحدا أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوتا لا حدا ولا فذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون منه ذرة كما اذا كان عبدا أو جارية فان في رؤية جميع بدنهم - ما رؤية عورتهم ما وذلك في العبد لا يجوز أصلا فسخ العقد أو لم يفسخ وفي الامثلة فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله (١٤٣) فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان

البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالمطوي والنشر فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في أحاده وان كان الثالث كالكميل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفي برؤية واحد منهم - الا ان رؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت وعلازمة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج الا أن يكون الباقي أردأ منه فاعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكمل يعرض بالنموذج

وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجهه الجارية أو الى وجهه الدابة وكفلها فلا خيار له (والاصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فان كان لا تتفاوت أحادها كالكميل والموزون وعلازمة أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى فيمنشئ يكون له الخيار وان كان تتفاوت أحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الخنطة والشعر لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالنموذج

اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبة بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالاته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار قبل دلالاته أولى ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانها اذا وجد من المنة ترى الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل به ما خيار الرؤية بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من أن دلالة الرضا لا تعمل في إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه برد قضاء أو بفك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن أبي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص وما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه اذا رآه دلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله) ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجهه الجارية الخ (والاصل في هذا أن رؤية جميع أجزاء المبيع غير مشروط) في انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذر) عادة وشرعا والابرار أن ينظر الى

(قوله وعن الثاني بأن دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثاني عندي أن يقال ليس بطلان الخيار هنا دلالة الرضا أو صريحه بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال الاتقاني تقول سام البائع السلعة عرضها وكرثها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه ولا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يشتري كذا في المغرب انتهى وقال العلامة الكاكي المساومة طلب البائع والمشتري لبيع سلعة كذا في الفوائد انتهى (قوله فان في رؤية جميع بدنهم ما رؤية عورتهم) أقول لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها ولا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره الشارح بل الاولى أن يقال فان في رؤية جميع بدنهم ما رؤية عورتهم ما وهما ليسا في ملكهما وهي حرام فليتا مل فانه يمكن أن يقال المقصود اثبات المدعى بالطريق الاولى وفيه ما فيه بل المراد الرؤية بعد البيع وهي تسقط الخيار اذا قبض بعدها

وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعنه برؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشترج ما يلزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تعبلا لمرئي فاذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع اذا عرف هذا انبني عليه أن من نظر الى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها أو ظهرها أو سائر أعضائها ما لا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها ما لان سائر الأعضاء في الامة والعبد تبع للوجه ولذا تنفوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهم ما المقصود ان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروي عن أبي يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوا عنها ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن أبي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذه أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد بكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن أبي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار (وفي شاة اللحم لا بد من الجس) باليد فلا يكتفي بالرؤية ما لم يجسها (لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه اتضرر البائع بنكسر ثوبه ونقصان قيمته وبذلك يتقص عنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالمراد بباطن الثوب لا بسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على قول زفر وفي المبسوط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهه دون الصرم يبطل قيل وينبغي أن ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الحجة لا يبطل خياره برؤية باطنه ويبطل برؤية ظاهره الا اذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو وأما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل في البيع أشياء فان كانت لا تتفاوت كالكميل والموزون وعلامته) أي علامة ما لا يتفاوت أحاده (أن يعرض بالتموج فيكتفي برؤية واحد منها) في سقوط الخيار (الا اذا كان الباقي أردا مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان أردا له الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يبيدانه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل دون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكره البائع به عيبا ثم أرام المبيع في الحال (وان كانت آخذه متفاوتة كاشياب والدواب والعبد فلا بد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذي ذكرنا أعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكرنا) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير) كونهما متقاربة) وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكمل اذا كان في وعاء واحد أما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا في شايخ العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بل لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا أن يكون في طيه ما كان مقصودا كوضع العلم) واذا نظر الى وجهه الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود به في العبد والامة وسائر الأعضاء تبع له ألا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء واذا نظر الى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لانهم ما المقصود ان في الدواب هذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانهم مقصودة في الدواب فان كان المكمل والموزون والعبد المتقارب في وعاءين فرأها في أحدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فوقيه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا ردت الكل لثلاثة تفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما أن تكون للحجم أو للقنية أي الدر والنسل في الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه المعروف للمقصود

(قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها رؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرور وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ تسقط شرط رؤية الكل فأفسار رؤية ما هو المأمور من الدار فام رؤية الكل فإذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب أي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في لانية قائم يختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون كصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فأما اليوم يريده ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول هذا كلام بعض المشايخ على ما علم من معراج الدراية ثم أقول كلام الشارح في هذا المقام مخالف المشروح

(قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء لا يخرج منه له أو أجودا أما اذا كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت أحاده كالبطاطخ والمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضي وأسقطت خيارى وفي شراء الرحي بالانه لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بأدائه ولابد له لا بد من رؤية الكل (قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذا لا يمكن النظر الى ما تحت السرور والى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفى برؤية المقصود منها (وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (لتفاوت الدور) بكثرة المرافق وقلتها في الاصل يرمع لوما بالنظر الى صحتها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا أن يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بدار مصر وشرط بهضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار أو رؤية خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكفي رؤية ظاهره وفي جامع قاضيان لا يكفي رؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية غيب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهن في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد بن كفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياذ فرأه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو فيه هذه الرؤية لا تعرف المبيع وأما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والنوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيئا يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلمج ان باعه بعد ما نبت نباتا فيه به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم البيع في الكل ان قلع البائع أو المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلا رضى يلزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المبيع كالموزون كروية الكل وان قلعه المشتري بغير إذنه ان كان المقلوع شيئا له من بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرد رضى بالقلوع أو لم يرض وجده في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعد صدمته صدمته وانما والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا يمكن له لا يطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البائع أو المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضى به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كروية كله وان قلعه المشتري بغير إذن البائع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما في ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كروية كله وجعله كالمكيل والموزون

قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري) قبل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً عنى في قبض المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الأرسال أن يقول كن رسولاً عنى أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يرد إليه إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر إذا كان عيباً يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض إليه فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يردّه عند أى حنيفة وقال لا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهم سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يردّه ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه (١٤٥) الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء

فرؤية نسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه (لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئاً ثم وكل وكيله بقبضه فقبض الوكيل معياراً ثانياً عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكن اشترى بخيار الشرط وكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار فصداً لا يسقط خيار الموكل ودليل أبى حنيفة رحمه الله مبنى على مقدمة هي (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقض وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين وبيانه (أن تمام القبض بتمام

قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يردّه إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالاهما سواء وله أن يردّه) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤية تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط فصداً وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقض وهو أن يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومنى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل وإذا قبضه

والعددي المتقارب لان بيع بعضها يستدل في العادة على الكل وان اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف ان قلعتني لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعتني فقد لا ترضى يتطوع انسان بالقلع فان تشاح فسخ القاضي العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوفاً بمعنى الوكيل بالقبض كما فسر المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلاً عنى بقبضه (كنظر المشتري حتى لا يردّه) المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته (الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشتري قل فلان يدفع اليك المبيع أو أنت رسولى اليه في قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلاً لانه من ماصدقات أمرتك وقد قيل لافرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال قبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (وهذا عند أبى حنيفة وقالاهما) يعنى الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذى له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فرؤية تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيلاً يرعى ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضاً (كالاسقاط فصداً) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار فصداً لا يسقط (وله ان القبض على نوعين) قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضاً تاماً لان خيار الرؤية يبطل به هذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما يبطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً (وناقض وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمناً لسقوط خيار الرؤية لانه لا سئل تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار فصداً بأن قبضه مستورا ثم رآه

(١٩ - فتح القدير خامس) الصفقة ولا تتم (مع بقاء خيار الرؤية) لان تمامها تنهاها في اللزوم بحيث لا يرد الا برضا أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك وإذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملاً باطلاً فله أن قبل لان سلم ذلك فان الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار فصداً لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة

(قوله فيما إذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار (قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاماً تأمل

أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك إسقاطه وفي هذا الجواب تعرض إلى رد قياسهما على الإسقاط القصدي وإلى رد قولهما دون إسقاط الخيار وتقريره أنه لم يتوكل بإسقاط الخيار قصد أو ضمنا والاول مسلم ولكن إسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف المتوكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يمتدح لان ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار خيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضا أو قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا مالك رد العيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفرقة الصفقة

(١٤٦)

مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصد أو بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز)

فأسقط الخيار لأن قبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لا تنفأ ولا يمتنع ونقض بمسئلتين لم يقيم الوكيل مقام الموكل فيهما احدهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولا يمتنع بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يثبت على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤيته يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انقضاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لانه) يثبت مع (تمام الصفقة) لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفاتت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المبيع وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الامن عيب قال في الاسلام يحتمل الامن عيب لم يعلمه الوكيل فان كان عليه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسألة خيار العيب والصواب عنه - دنا أن لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه - لم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني وخيار الشرط لانص فيه فلما أن غنمه فيكون على الخلاف ذكره القديري وهو رواية الهندواني لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يميز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤيه بعينه (ولئن سلم) انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا يملك التام منه) فاذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملك الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فانه لا يملك شيئا) من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصور الارسال في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء أن يقول قل لفلان اني اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الاثمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم والشراء في لغة الحجاز وبقره لاهل نجد

لان تفرق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمنع ههنا دل أنها كانت تامة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب اثبت بحق المطالبة بالجزء الفاتت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لا إسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقبضا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القديري أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكيله بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وفيه دنا بالتمام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤيه ناقص والرسول ليس

كلو وكيل فان اتمام ما أرسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال (وله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) بيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا

(قوله والثاني ممنوع فان من توكل بشيء الخ) أقول لو صح هذا الزم ان لا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الا خص فلا يجدي نفعا (قوله لان الاختيار) أقول التابع بالياء بنقطتين بعد التامين والاختيار بالياء المنقطة بنقطتين بعد التامين الخ قال المصنف (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف الا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا والحق أن يجب أن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا إشكال الا أن قوله اذا اشترى بأبي عن هذا نوع إياه فليتنامل

(وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فمضى فكذا الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو مجموع بمعاملة الناس العيان من غير تكبير وبان من أصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به غيره فاذا احتاج الأعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شراءه كقول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا (انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب وهو يقتضي تصورا لايجاب وهو انما يكون في البصير والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العيان (١٤٧) من غير تكبير فان ذلك أصل

في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسبه فخيرته يسقط بحسبه وان كان مما يعلم بالشئ فبشئيه وبذوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرا أو غمرا على شجر أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف بقاء مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض أئمة بلخ عيس الحائط والأشجار فاذا باشر بسبب العلم أو ووصف له أو ووصف ومس وقال رضيته سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لراه وقد قال رضيته سقط خياره لان التشبيه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريرك الشفتين واجراء موسى في حق الأدي والاصلاح واطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف

وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالجلس وبشئيه اذا كان يعرف بالشئ وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف بقاء مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضيته سقط خياره لان التشبيه بقاء مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريرك الشفتين بقاء مقام القراءة في حق الآخرس في الصلاة واجراء موسى مقام الحاق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يוכל وكيل لا يقبضه وهو يراه

(وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره) فبذلك في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا بمعاملة العيان ببيع وشراء والتعارف بالانكبار أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالجلس) كالشاة (وبشئيه اذا كان يعرف بالشئ) كالطيب (وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كما في البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم يره المبيع ولكن شئيه فقط وهو مما يعرف بالشئ كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتاي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكر له صفته ولا واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم) وعن أنكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سوا في انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه العقار وقال رضيته سقط خياره لان التشبيه بقاء مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريرك الشفتين بقاء مقام القراءة للآخرس واجراء موسى على رأس من لا شعر له) في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلة وقد ثبت شرعا اعتبار بمنزلة في السلم ووجوب اجراء موسى مختلف فيه وكذا التحرير غير لازم للأدي وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر الشئ ولا الذوق والجلس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ عيس الحيطان والأشجار فاذا قال رضيته سقط خياره لان الأعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق والملمس والجلس لان التعريف الكامل في حقه ثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسده كالتمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لا يابى الليث (وقال الحسن يוכל وكيل لا يقبضه وهو يراه)

قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الأعمى يشتري الشئ لم يره فيقول قد رضيته قال له أن يردّه وان كان في مكان لو كان بصيرا لراه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يردّه وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يוכל وكيل لا يقبضه وهو يراه

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بوجود في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه والأولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام لانه لم يره الخيار اذا رأى فان اذا تستعمل في التحقيق فليستأمل فان المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل بالقبض كروية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيته ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عي انتقل الخيار إلى الصفة لأن الناقل للخيار من النظر إلى صفة العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترى منهما) قد تقدم أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الأحادي في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لابد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشترى منهما ثم رأى الآخر فلا خيار له لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما إن شاء كي لا يلزم تفريق الصفة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة وانما الاتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولا يكونا غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فإن تفريق الصفة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفة قيل تفريق الصفة منهي عنه وهو يقضي ردهما جميعا إن شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أنه أن يرد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهي على المجز وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صورته وموجب المجز ليس كذلك فإنه لا يملك الرد إذا عيب أو أعتق أحد العبدین أو دبره والمطرد راجح وبأنه محرم والمحرم راجح على المبيع أولاه متأخر عن المبيع لثلا يلزم تكرير النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لأن رد أحد الثوبين لا يكون ردًا لأنه اشترى ثوبين لا أحدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقهما مطلقا وقد قيدتم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهي (١٤٨) انما هو عن التفريق والتقيد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفة فإنه

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترى منهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره ثم لا يرد وحده بل يردهما كي لا يكون تفريق الصفة قبل التمام وهذا لأن الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل

فيسقط بذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل كروية الموكل) ولو وصف للأعمى ثم أبصر فلا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عي انتقل الخيار إلى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشترى منهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لأن رؤية أحدهما ليست رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره (فله رده بمحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فردهما) إن شاء (كي لا يكون تفريق الصفة) على البائع (قبل التمام وهذا لأن الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل أنه أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الأصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم

إذا أوجب البيع في شئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الأضرار بالبائع بل بأن العادة فيما بين الناس بضم الردي على الجيد تروى بحاله بالجيد فإذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا برد الباقي وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لأن فيما نحن فيه رد أحدهما

يوجب تفريق الصفة قبل التمام لأنها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الإعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فإن شاعرضى وإن شاعرد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفة) أقول تقدم بورقة تخميننا وهو قوله ولا تتم الصفة مع بقاء خيار الرؤية لأن تمامها تنافي في اللزوم قال المصنف (وهذا لأن الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة السكاكي يعني فيما إذا قبضه مستورا كذا قبل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث يظهر بلاحظة ما مر في مسألة تنظر الوكيل (قوله فإن تفريق الصفة منهي عنه) أقول تعليل لقوله لثلا يلزم تفريق الصفة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أنه أن يرد الذي لم يره وحده فواجه ترجيح حديث النهي) أقول وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح وأيضا المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد رؤية أحدهما دون الآخر كروية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتأمل (قوله أولاه متأخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النهي انما هو عن التفريق إلى قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقيد المطلق بنسخ وذلك لا يجوز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قبل (قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول أي يظهر اندفاعه

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) فقد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالأوصاف يثبت الخيار فيبين العلم بالأوصاف وثبوت الخيار منافاة ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالأوصاف (١٤٩)

وتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو والذي رآه كما اذا اشترى ثوباً مملوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرقى فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف وههنا لما كان المبيع مرئياً من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلًا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك امكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجدته متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه فكان له بره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع عيینه لان التغير حادث لانه انما يكون بغير أو تبديل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدينه والبائع منكر ومتمسك بالأصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارت عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم مرئيه لعدم الرضا به (وان وجدته متغيراً فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه فكان له بره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب لزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري

بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهنا في خيار الشرط يرد الآخر اذا رد أحدهما بعد القبض أجيب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهر اقليم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عيباً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيفاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الا كبر وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما الا بالآخر لوجود أحدهما وورداً على الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بيطلان مجرد قوله اذا الزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يطل حقه عن البعد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بشئ جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيب يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان وجدته على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناول قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاً في تناول الرؤية عند العقد وقوله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلم مرئيه) أي لا يعلم أن المبيع كما قد رآه فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اباًها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوباً ملفف في ثوب وبيع فاشترى وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجدته متغيراً) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يبدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل

الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع عيینه والبينة بينة مدعى العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا)

قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلماً) أقول الظاهر أن يقول معاملة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاولين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندى أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئى فليتامل

أى المتأخرون استثناء من قوله (١٥٠) فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشئ بتغير

بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الأئمة السرخسي وقال أرباب لو كانت جارية شابة رأها فاشترأها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انهم لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعنى اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعى عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكرف فكان القول قوله مع اليمين قال (ومن اشترى عدل زطى) العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطى ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه يبيع أو هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها أى من الثياب الزطية الامن عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره تطرا الى العدل وأنت في قوله منها نظر الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا

بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الامن عيب وكذلك خيار الشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يعنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة

عدمه فلا تقبل الا بينة (بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) فقال البائع رأيت وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعى امرأ عارضها والعلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرد فقل البائع ايس هذا الذى بعته لك وقال المشتري بل هو هو والقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية ولتقابل أن يقول الغالب في البياعات كون المشتريين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بنفسه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضميننا كان أو أميننا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بنفسه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ في الذى أحضره والبائع ينكره وقوله (الا اذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أى الا في صورة ما اذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لان الظاهر شاهد للمشتري) اذا الظاهر أنه لا يبق الشئ في دار التغير وهى الدنيا زمانا طويلا لم يطره تغير قال محمد رحمه الله تعالى رأيت لو رأى جارية ثم اشترأها بعد عشرين أو عشرين سنة وقال تعيرت أن لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة أو عملا كفاشترأه بعد شهر وقال تعيرت فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع منه ثوبا أو وهبه) ثم رأى الباقي (ايس له أن يرد شيئا منها الامن عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله أعنى فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل ان اطلع على عيب وهذا (لانه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلورد الباقي فقط كان نفرا بقا للصفة على البائع قبل التمام لما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وان كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فان الصفة تتم معه بعد القبض وفيه) أى في المقبوض (وضع المسئلة) لانها لو لم تكن مقيدة به لم تصح صورتهما اذا أصبح يبيع ما لم يقبض وهبته ولا أنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء هو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح حينئذ قوله الامن عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد أحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهى عن تفريق الصفة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطاوعا بل قلنا اذا رده يرد معه الا خرفنا شرطنا في الرد على حديث الصفة لانه يكون عاملين بالحديثين معا جميعا بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التى هى عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحو أى يعادها وفيها أبواب والزط في المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب

منه أو وهب وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفة قبل التمام لان الخيارين الزطية

يعنعان تمامها كما مر وأما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع محمد المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه

(فلو عاد) الثوب الذي باعه (الى المشتري بسبب هوفسخ) بأن رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجوع في الهبة فهو أى المشتري الاول أو الواهب على خياره فإذا أن برد الكل بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري)

باب خيار العيب

(١٥١)

آخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام و إضافة الخيار الى العيب من قبيل إضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذ كر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنه في قوله لم يرد شيئاً منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتاً أو هم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى المشتري بسبب هوفسخ) محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أى المشتري للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الاسباب جديدة وصححة قاضيجان (وعليه اعتمد القدوري) وحقيقة الملاحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانع ازال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمل ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذ اسقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

باب خيار العيب

(واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير

الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذ كر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنه في قوله لم يرد شيئاً منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتاً أو هم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى المشتري بسبب هوفسخ) محض كارد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أى المشتري للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الاسباب جديدة وصححة قاضيجان (وعليه اعتمد القدوري) وحقيقة الملاحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانع ازال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمل ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذ اسقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

باب خيار العيب

نقدم وجه ترتيب الخيارات والانضافة في خيار العيب إضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبه والعيبة والعياب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب وعابه يزيد تبعه دى ولا يتعدى فهو معيب ومعيب ومعيوب أيضاً على الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعده ناقصاً (قوله) واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع (ولم يكن شرط البراءة من كل عيب) (فهو بالخيار ان شاء أخذ) ذلك المبيع (بجميع الثمن وان شاء رده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كإحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها وانجاسة الثوب وينبغي حله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو مالم بشرط فيه عيب (يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول من المنقول والمعنى أما المنقول فما علقه البخارى حيث قال ويذكر عن العدا بن خالد قال كتب الى النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد بيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا خبث ولا غائلة ثم قال البخارى وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقه والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عبد بن ايث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب قال قال الى العدا بن خالد بن هوزة ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه

على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع

باب خيار العيب

العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة (قوله) ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف (قوله لأن الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أى البيع اللازم

وعند فواته ينتفي الرضا فينضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا فات الا لازم انتفى المزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد (١٥٣) (وليس له أن يمسه وبأخذ النقصان) لان الفات وصف اذ العيب اما أن يكون بما

يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالحصى والعور والنسل والزمانة والاصبع الناقصة والسِّن السوداء والسن الساقطة واما أن يكون بما يوجب النقصان معني لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيمض في زمانه والزنا والدفن والخسر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن إما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لاسيلا الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبعية الاصل فتعين الثالث (قوله في مجرد العقد) احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسه وبأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد

وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العدا بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم غبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم في هذا أن المشتري العدا وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب أن المشتري كان العدا وتعلق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن به صيغة التمريض كيد كبر بل بنحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن في قوله عليه الصلاة والسلام بيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما وبطل عليه فضاءه عليه الصلاة والسلام بالرديف على ما في سنن أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرد عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضممان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرفيق من الادواء التي يربها كالجنون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسي من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم بيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال حقه من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وتفسيره للداء بوافق نفسه يرأى يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالباق والسرقه وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تقول المال أي تمسكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلا أن السلامة كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولأن العادة أن القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالشرط فيتمتع عند فقده (كي لا يتضرر بالزام ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يمسه وبأخذ النقصان) أي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والباقي يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالمه بطول ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا بعينه اتفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجد سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضى بالثمن المسمى الاعلى اعتبارا انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجد سليما لانه انزل عالمه بوصف السلامة فيه حيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالمه بالعيب فأنزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن مجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فاقابلها مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به الا بعبء المعروضه غير منفرده عنه وقوله مجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرق بالضممان ويتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف

(قوله ينتفي الرضا) أقول أي ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما يكون كذلك لو اقتضاه انتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين ثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول وكون

فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه السارح في أوائل كتاب البيع (قوله لئلا يؤدي الى مزاحمة التبعية) الثمن الاتصل) أقول أنت خير بأن المزاحمة في الاول وفي الثاني ترجيح التبعية على الاصل فليتأمل (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولانه لم يرض بزواله) دليل اخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أى قيمته أو أرشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع منافيا لوجود البيع فيكون الزام على البائع بالبيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في أخذ النقصان قبل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالميا بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وأما المشتري (١٥٣) فانه ما رأى المبيع فلو أقر من العقد

مع العيب تضرر من غير علم حصل له فثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أى رؤية العيب عند إحدى الحالين رضا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالة) ونقصان المالة (بانتقاص القيمة فالتقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذى يعقل اذا أتى من مولاه مادون السفر من المصر الى القسرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر ومادونه

ولانه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري يمكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالة وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله (والأباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يردده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يردده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر الداء في باطنه والأباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلّة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذى لا يعقل فهو ضال لا أبى فلا يتحقق عيبا

الثمن لانه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أو لحق الشرع بأن جنى جنابة ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فخلها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردّها لان تلك الزيادة التى أنفها جزء مبيع لانها تتبع محض (فرع) لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذى اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذى يردده وهذا لان ثبوت الرد بالعيب تضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا أو لا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار وأرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الاثمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود والصحيح القوى على العمل وكما في جارية تركبة لا تعرف لسان الترك (قوله والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه مجرى مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشتري في الصغره لم يردده ثم قال القدوري (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أى معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يردده لانه غير ذلك الذى كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغير لضعف المثانة وبعد الكبر الداء في الباطن والأباق في الصغير لحب اللعب والسرقة في الصغير لقلّة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن) فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعد غير الموجود منها قبله واذا

(٣٠ - فتح القدير خامس) فيه سواء فلو ألفت الجارية من الغاصب الى مولاهما فليس بأباق وان ألفت منه ولم ترجع الى مولاهما عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو عيباً كل وحده وبشرب وحده فكذلك واذا سرق درهمان من مولاه أو من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا لافترقه بين المولى وغيره الا في المأكولات لا كل فان سرقها من مولاهما لم يست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يردده واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يردده لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يردده لانه عين الاول اذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري

كان غيره فلا يردده لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له أن يردده بما اذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا انحدا الامر لانه لا يقال عاود يدي فيما اذا ابتدأ غيره فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ بوجوب وجوده منه قبل البلوغ أيضا والا فلا معاودة وقوله ليس بعيب أي لا يردده وقوله والمراد من الصغير إلى آخره تقييد للصغر الذي ذكرناه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بان يكون صغيرا يعقل وأما الصغير الذي لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا أتق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقه والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في الامالي عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستنجي وحده واذا قدر بهما حذوما قدر به في الحضانه اقتضى أن يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يردده لانهم قدروا الذي يأكل وحده إلى آخره بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية هنا مسألة عجيبه هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا روايه فيها قال وكان والذي يقول ينبغي أن يسترد استدلالا بمسئلتين احدهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردّها ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برى بالمداواة لا يسترد ولا الاسترد والبلوغ هنا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى وفي فتاوى فاضلحان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا اذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا وقبضه فمعه عنده وكان يحرم عند البائع قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن أصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحرم فيه عند البائع كان له أن يردده وفي غيره فلا يقل له فلو اشترى أرضا فنزلت عند المشتري وقد كانت تنزل عند البائع قال له أن يرد لان سبب النزول واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا أن يجي عماء غالب أو كان المشتري رفع شيئا من ترابها فيكون النزول ذلك أو يشتبه فلا يردى انه عينه أو غيره قال القاضي الامام بشكل بما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين ولا يعلم ذلك فأنجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الاول ولو اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى أنجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضى به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورة في هذه المسئلة فما استفتدت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أو في الكبر يردده لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ أبدا المذكور في لفظ محمد (وليس معناه انه لا يشترط المعاودة) للجنون (في يد المشتري) كما ذهب إليه طائفة من المشايخ فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون

قال (والجنون في الصغر عيب أبدا) معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما أو ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يردده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري بشرط كمال اليه شمس الأئمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين في جماليق عينيه

لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من أثره شيء والاصل في العقد اللزوم (١٥٥) فلا يثبت ولاية الردا بال معاودة

وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير قال (والدفر والبخر عيب في الجارية) الدفر راحة مؤذية تجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة شدة الراحة طيبة كانت أو كريهة ومنه مسك أذفر وابط دفر وهما مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبخر راحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعبر برتأ أمه وليس باخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام

(قوله ومنه مسك أذفر وابط دفر وهما مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا وولد الزنا) أقول وكون المبيع ولد الزنا خذف المضاف والمضاف اليه (قوله والثاني بطلب الولد) أقول خص الثاني باخلال طلب الولد مع أن الاول

لأن الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلم يزيل فلا بد من المعاودة للرد (قال والبخر والدفر عيب في الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا أن يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام

عند البائع وان لم يكن عند المشتري فهذا غلط (لان الله تعالى قادر على ازالته) أي ازالته سببه (وان كان قلم يزيل) وقد حققنا كثير من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمداواة فان لم يعاوده جاز كون البيع صدر به ازالته الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بل تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسيحاقي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا بأسطر وان طعن المشتري بابق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستلزم البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لامن البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليله فهو عيب ويوم وإيلة فلا دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل مادون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا في المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقته للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه وإياق مادون السفر عيب باختلاف واختلاف في انه هل يشترط خروجه من البلد فقل شرط فلو أبق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر إياق وكذا على العكس ولو أبق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو أبق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزله مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أو لا يتدرفلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه لا استخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لان الداء عيب وفي فتاوى قاض خان قال الا أن يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا الا أن يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد أمره بكون البخر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمره بكونه والدفر تنزيح الابط يقال رجل أذفر وأمرأة دفراء ومنه السب يقال يا ذفر معدول عن دافرة ويقال شمت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما بجامع الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو تنوير بما يخص به الطيب فقل مسك أذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب دفره وأقبل بخمره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبخر بالميم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس أبخر وفي الصحابة غالب بن أبجر أو قلبه وسمى به فرس لعنته وكذا الآدرو وهو عظم الخصيتين والاذن عيب وهو من يسيل الماء من منخرية والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولدت زنا

يخل به أيضا لاختصاص الثاني به (قوله فان الولد يعبر برتأ أمه) أقول وتأتي النفس من الاستيلاء عن يعبر بمرأية ذلك الى ولده

الآن يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهم وهو محل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن محبة والنفرة عن المحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي النبين والظاهر عند بعض فبخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد فان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما يرد عنه فانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو مسلم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرد به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى (١٥٦) بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا

أمر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحبض بأن ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد وأوسنين فيما روى عن أبي حنيفة وزفر رجما الله انهما لم تحض لحبل بها أولداء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفي بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكتفي قول عدل واحد منهم وفيه ما بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاضغاء الى ذلك وبأن تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض أو على

الآن يكون الزنا عادة على ما قالوا لان اتباعهم يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن محبة ولا يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد به لانه زوال العيب وعند الشافعي يرد به لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحبض أو هي مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء

غير الولد بأمه وقوله (الآن يكون الزنا عادة) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعني المشايخ (لان اتباعهم يخل بالخدمة) اذ كلما وجهه حاجة اتبع هواه وقال قاضيخان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضره عن بعض الاعمال ويزداد بالحدود ضعفا في نفسه انتهى بل وفي عرضه ورجماء تأذي به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضيخان وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا (قوله والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن محبة الكافر) للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يأمنه على الخدمة في الامور الدينية كاتخاذ ماء الرضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتناقه عن كفارة قتل خطا فتقل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد به لانه زائل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه أن كان دينيا متأخرا الى ما بعد العتق فلا خيار له يرد به كدين معاملة بأن اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بأن جنى في يد البائع ولم يفده حق باعه فله رده الا أن يقال وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائه وميراثه (قوله) واذا كانت الجارية بالغة لا تحبض أو هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الاياس فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ حقيقة التعيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم اذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي أن يدعي بأحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يبعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الأطباء ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا أن يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة

انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يبعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في

(قوله ولا يمتنع صرفه عن كفارة القتل) أقول الأولى ان يقال يمتنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول أي عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتملة) أقول معطوف على قوله بأن تكون الدعوى بعد المدة (قوله لأن الارتفاع بدون هذين الامرين لا يبعد عيبا) أقول فيه بحث الا يرى ان التعديل الذي ذكره بقوله لان ارتفاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله وكذا اذا بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل محل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

وهكذا

ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامه فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح

أوانه والمماودة على وجهه لا يدوم فاذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لدا في بطنها والداء عيب ويعرف ذلك أي الارتفاع والاستمرار بقول الامه فان أنكر البائع ذلك لا ترد عليه الابحجة ولا يقبل فيه قول الامه وحدها فيستخلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه وجه الخصومة فقط وعن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقول الامه وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأ كدخاز أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام احتز بقوله هو الصحيح عاروي عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى وله كلام متعلق به بعد صحيفة

وهكذا نص عليه الشيخ أبو المصنف في شرح الجامع الكبير وهو أوجه لانه لتوجه الخصومة لا الرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالأطباء والخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل ويثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضيجان ان أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا يثبت له استخلف كما سئذ كر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سننها (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك) أي الارتفاع والاستمرار (بقول الامه) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قولها نكول البائع) اذا استخلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحتز بقوله في الصحيح عاروي عن أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعماعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بمؤيد وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة ورزفر بستين ومادون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو ستان واذا سمع الدعوى بسأل البائع أهى كاذر المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالنكاح المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال وان طلب المشتري من البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهودا لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لانها يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذي به دعيا وان أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستخلف عند أبي حنيفة لا وعندهما يستخلف وهذا ينبوع تقرير الكتاب وانما وافق تقرير الهداية مانقوله صاحب النهاية بعدما ذكره هذا ما ذكره عن فتاوى قاضيجان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب واذا نام شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند أبي حنيفة وهو قول رزفر ستان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لأبي حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنالآن الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحمل فيكون ساقيا ماؤه زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر هناك بستين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضى الطهر انتفاؤه فجاز وطؤها هو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها لان فيها يظهر الحمل غالباً لو كانت حاملاً وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هناليس الا كون الامتداد عيباً فلا يتجه اناطته بستين أو غيرها من المدد لان كونه عيباً باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقاً اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكره وبما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حمل أو داء في الدعوى فان كونه عيباً باعتبار كونه مفضياً الى الداء لا لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيجان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما بل اذا ادعى الانقطاع في أوانه فقد ادعى

العيب ويكفي شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن
داء فهو عيب وطريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه
والاقلما يظهر للطبيب داء بمدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها
داء وهذا هو ظاهر الهداية الا ترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتاني وغيره انما
يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل
في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليين على البائع بل لا يرجع الا الى قول
الاطباء أو النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه
يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء أو النساء ليس تقرر بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون
يغلب على الظن خطوهم وكذا ما ذكره من جعل هذه وزان المشتراة بكرة على قول أبي حنيفة وأبي
يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرة وقال البائع بكرة في الحال فان القاضي يريم النساء فان قلن هي بكرة
لزم المشتري من غير عيب البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيدها أن الأصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت
حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكرة ان كان بعد القبض وان كان قبله
حلف أنها بكرة غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليين ويقضى
بالسكول على ما في الكتاب والعتاني وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى
استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول
المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول أبي يوسف انه ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما
ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن
وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انما منقطعة الحيض غير معتبر
وقد ذكرنا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في
الهداية وقاضيان والعتاني وهو ما صححه ان يدعى الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف
البائع به ما ردت عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت
انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف ترد اذا
انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع
والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه من أنه اذا أنكر الانقطاع
في الحال لا يستخاف عند أبي حنيفة ويستخلف عندهما ويجب كونه الاستخلاف على العلم بالله ما يعلم
انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يخاف كذلك الا
وهو بارز ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم نحض وكأن المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة
الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا وهذا تعداد
للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنسكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وجرة الشعر
اذا خشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشط في غيرا وأنه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر والعشا
أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرر أو غيره وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل يساره ولا
يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسره وهو أن يعمل بهما معا فانه زيادة حسن والقسم وهو يوسه
الجلد وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماقي وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب
الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشر وهو انقلاب الحفن وبه سمي الاشتراء والظفر هو بياض
يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا
* تراهن يوم الروع كالحمد القبل * والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فأما

(قال واذا حدث عند المشتري

عيب) اذا حدث عند المشتري عيب باقية سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيابه فما كان بينهما من عشر أو ثلث أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه (ولا يرد المبيع لأن في الرضا ضرارا بالبائع) بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيابه والاضرار تمتنع (ولا بد من دفع الضرر عنه) أي عن البائع ويجوز أن يعود إلى المشتري لأنه أيضا يضرر بالمعيب لأن مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لأنه يرضى بالضرر والرضا إسقاط لحقه كما أن للمشتري أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم فإن قيل أين قولكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر

قال المصنف (ولا بد من دفع الضرر عنه) أقول أي عن البائع ويجوز أن يعود إلى المشتري والثاني أولى عندى فإن ما يتعلق بحال البائع تم عند قوله فامتنع كما لا يخفى

(قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرضا ضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيابه فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه يرضى بالضرر

القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والقدع وهو عوجاج في مفاصل الرجل والفج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك إحدى ركبتيه بالآخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والجمار والحنف وهو ميل كل من إبهامى الرجل إلى أخرى وقال محمد بن الأعرابي الاحتف الذي عشى على ظهرو قدميه وتناسل شعر الرأس والصدف وهو النواء في أصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مفرطة في الفم والتخث قيل إذا خش أو كان يأتي بأفعال رديئة والحق وكونه مغنبة وشرب الغلام وزك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة إلا كل في البقرة ونحوها وكثرته في الإنسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط وعدم المسيل في الدار والشرب للأرض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى إلا بالسكر وكون الجارية محقرة الوجه لا يدرى حسن من قبحها بخلاف ما إذا كانت دميمة أو سوداء والعشار في الدواب أن كان كثيرا فاحشا وكذا كل العذار والجوح والامتناع من اللجام وكذا الحزن عند العطف والسير وسيلان الأعاب على وجه يسيل المخلاة إذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الخنطة ترديه بخلاف ما إذا كان معتادا ليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا أو مكعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملئوا على أن فيه كذا من السمن أو قيصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري يتطرق اليه ويظهر خلافه فلا خياره (قوله واذا حدث عند المشتري عيب) باقية سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لأن الرضا ضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما) فلا الرضا به معيبا يضرر (ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لأنه يرضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه فإذا رضى فقد اسقط حقه اللهم إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرع بأن كان المبيع عصيرا فتحمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو أراد البائع أن يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من غلبت الخمر وتلكها ومنعها من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيه ما على إهداره كالأرضاء على بيع الخمر وشرا ثم افان قيل ينبغي أن يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالمغصب إذا عمل في الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالحبرة لأن الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع بإثبات حق الرجوع بحصة العيب فإن قيل فقد تقدم أن الأوصاف لاحصة لها من الثمن بانفرادها أجيب بأن الاعتبار أصولا لضرورة جبر حق المشتري والايهادر كما صيرت أصولا بالقصد من اتلافهما وكل ما يرجع بالنقصان فعناء أن يقوم العيب بدلا عيب ثم يقوم مع العيب ويتطرق إلى التفاوت فإن كان مقدار عشرة القيمة يرجع بعشر الثمن وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري أما إذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان وكذا إذا قتل عند المشتري خطأ لأنه لما وصل البديل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبديل فكان كالأول باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (فرع) لا يرجع بالنقصان إذا أبق العبد مادام حيا عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي

قال (ومن اشترى ثوبا فافقطعه) ومن اشترى ثوبا فافقطعه (فوجدته معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث لا يقال
البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا
نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالتعاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظرها ما وفي الزام الرد بالعيب
الحادث اضرار للبائع لا فعل باشره وفي عدم الردوان كان اضرار بالمشتري لكن ليجزى بما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو انظر لهما الا
اذا قال البائع انا قبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه
المسئلة وبين ما اذا اشترى بغير افتحاره فلما شق بطنه وجد امعاء فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله اجيب
بان التحراف لفساد المال لصيرورة البعير به عرضة للثمن والفساد اوله لا تقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع فان باعه
المشتري بعثي بعد القطع ثم علم بالعيب (١٦٠) لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد متمعا برضا

البائع فان المشتري بصير
بالبائع حابسا للمبيع ولا
رجوع بالنقصان اذ ذلك
لا مكان رد المبيع واخذ
الثن لولا البيع ولو قطع الثوب
وخاطه أو صبغه أجزأ أولت
السويق بيمين ثم اطلع على
عيب رجع بنقصان العيب
لان الرد قد امتنع بسبب
الزيادة لان الفسخ اما أن يرد
على الاصل بدون الزيادة
أو عليه معها ولا سبيل الى
شي من ذلك أما الاول
فلا تنها لا تنفك عنه وأما
الثاني فلان الزيادة ليست
ببيعة والفسخ لا يرد الا على
محل العقد والامتناع بسبب
الزيادة في حق الشرع
لكونه ربا فليس للبائع أن
يقول انا آخذته فتمين
الرجوع بالعيب مسدفا
للضرر ولا يشكل بالزيادة

قال (ومن اشترى ثوبا فافقطعه فوجدته معيبا رجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان
قال البائع انا قبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشتري لم يرجع
بشيء) لان الرد غير متمع برضا البائع فبصير هو بالبائع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع
الثوب وخاطه أو صبغه أجزأ أولت السويق بيمين ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب
الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدون الزيادة لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست
ببيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فان باعه المشتري بعد
ما رأى العيب رجع بالنقصان) لان الرد متمع أصلا قبله فلا يكون بالبائع حابسا للمبيع

لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الاياس من الاصل وعند أبي يوسف
يرجع لتحقيق العجز في الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فافقطعه) يعني ولم يخطه (ثم وجدته
عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا قبله كذلك) أي مقطوعا
(كان له ذلك لان الامتناع) أي امتناع رده (لحقه وقد رضى به) أي برده معيبا فزال المانع (فان باعه
المشتري) أي بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشيء لان الرد لم يتمع) بالقطع (برضا البائع)
فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا للمبيع) بالمبيع (فان) كان المشتري (قطع الثوب
وخاطه أو صبغه أجزأ أو كان) المبيع (سويقا فلتنه بيمين ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد
بسبب الزيادة) المتصلة وانما امتنع (لانه لا وجه للفسخ في الاصل) أغنى الثوب بدونها كالصبغ مثلا
والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على
غير المبيع لانه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والثن على ما كان فلو رده على الزيادة لزم
الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة
الربا حكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه) وان رضى المشتري بترك الزيادة (لان
الامتناع) لم يتمع لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه
لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لان الرد)

المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة لما
هنا تمتعت تبعا للاصل باعتبار ائمة ولد بخلاف الصبغ والخياطة واء لم أن الزيادة ممتصلة أو منفصلة وكل منهما ممتولدة من المبيع
أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق
والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع منه لما من التعليل وغير المتولدة كالسمن لا تمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الاصل
دون الزيادة ونسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما أن السمن ليس عيب مجال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان
ولهذا كانت منافع الحر ما لا وان لم يكن الحر ما لا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن تسلم له مجانا لما فيه من الربا
فان باع المشتري الثوب المخطط أو الثوب المصبوغ بالحبرة أو السويق الملتوث بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان
متمعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبائع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون
المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما

فيه على ملك المشتري ويمكنه

الردوان رضى به البائع فان
أخرجه عن ملكه رجع
بنقصان العيب وعن هذا
أى عما قلنا إن المشتري متى
كان حابسا للبيع لا يرجع
بنقصان العيب ومتى لم يكن
حابسا يرجع قلنا ان من اشترى
نوباغة قطعه لباسا للولد الصغير
وخاطه ثم اطلع على عيب لم
يرجع بالنقصان لان
التملك حصل قبل الخياطة
لانه لما قطعه لباسا له كان
واهباله وقابضه لاجله فتمت
الهبة بنفس الايجاب
وقامت يده مقام يد الصغير
فالقطع عيب حادث وللمشتري
الرجوع بالنقصان وللبائع
أن يقول أنا أقبله كذلك
لكن باعتبار ان القطع للولد
الصغير وهو تملك له صار
حابسا للبيع فيمنع الرجوع
بالعيب وهذه نظير ما اذا
باع بعد القطع قبل الخياطة
وعلى هذا ذكر الخياطة في
هذه المسئلة ليس يحتاج اليه
الا أنه ذكرها بمقابلة الصورة
الثانية (ولو كان الولد كبيرا
رجع بنقصان العيب) لان
القطع عيب حادث فللمشتري
الرجوع بالعيب وبالخياطة
امتنع الرجوع حقا للشرع
بسبب الزيادة فبالتمليك
والتسليم بعد ذلك لا يكون
حابسا للبيع لامتناع الرد
قبله وهذه نظير ما اذا باعه
بعد الخياطة والصبيغ والتم
قال ومن اشترى عبدا

وعن هذا قلنا ان من اشترى نوباغة قطعه لباسا للولد الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبدا فاعنتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه)

لما امتنع لم يكن المشتري يبيعه جابسا له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان
ممكنا فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه جابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير جابس (قلنا
ان من اشترى نوباغة قطعه لباسا للولد الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التملك
من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار
به جابسا للبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان
الولد كبيرا) والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصير مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على
ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال
بين أن يخرج به عن ملكه بالبيع أو الهبة أولا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معني ما في الفوائد
الظهيرية من أن الاصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه
الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا
يمكنه الرد وان رضى البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة
بالبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبيغ والخياطة
والتمت بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ولو قال البائع انا
أقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان
حنطة فطحنها أو لحما فشواه أو دقيقا فخبزها فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بجابس للبيع بل
امتنع قبل البيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الاصل
كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا تمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبع الاصل
بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد والبن
والثمر في بيع الشجر والارث والعقر وهي تمنع الرد لعدم ذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن
التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضى بهما جميعا
التمن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بمحضته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت
العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والتمن ألف سقط
عشر الثمن ان رده وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل
دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعي رحمهما الله وفي الحديث الذي
ذكرناه أول الباب الذي فيه قول البائع انه استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمنان
وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لا مكان الفسخ على الاصل بدونها
والزيادة للشري ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الايمان ولذا كانت منافع الحر
مالا مع ان الحر ليس بعمال والعبد المكسوب للكاتب ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له
حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بأفة سماوية ثبت له الرد كأنها
لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارث وانما قيد المصنف بقوله أجرة لتكون زيادة بالاتفاق فان
السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع وانتفاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان
بالانفاق (قوله ومن اشترى عبدا فاعنتقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

فأعنتقه) اشترى عبدا فاعنتقه (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

(٢١ - فتح القدير خامس)

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) أي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حيثئذ وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله (والامتناع حكى لا بفعله) يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب أجزافه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أجيب بأن امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بأنه حيثئذ يجب أن يقول والامتناع حكى لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حاسبا حكما فكأنه في يده يحبسوه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي (١٦٢) الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك

وانما ثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حاسبا ألا ترى ان الولاء ثبت بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فيقاء كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالأمر الحكيم مع بقاء المحل والمالك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه (وان اعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشيء)

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به والامتناع حكى لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاء بمنزلة لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكيم (وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء) لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض (فان قتل المشتري العبد

أما الموت فلا أن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع اذا امتنع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري أما اذا ثبت حكما لشيء فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبغ الثوب أجزافا واخوانه فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأجيب بأن امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغي للصنفان يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعي وأحمد (لان العتق انهاء للملك لان الآدمي ما خلق في الاصل للملك وانما ثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا الى الاعتاق) فيثبت (انه انهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء (لان الشيء بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قررناه وقوله (والتدبير والاستيلاء بمنزلة) أي بمنزلة الاعتاق وان لم يزيل الملك كما يزيله الاعتاق (لانه يتعذر) معهما (النقل) من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق وقوله (بالأمر الحكيم) أي بحكم الشرع لا بفعله المشتري كالقتل (فان اعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشيء) وكذا لو كاتبه لان المشتري حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه) أي المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف وبه قال الشافعي وأحمد (لان العتق) سواء كان بعمال أو بلامال هو (انهاء للملك) أعني الرق وبه ثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بعمال أو بغيره طردا والوجه ما تقدم من كونه حاسبا له بحبس بدله (قوله فان قتل المشتري العبد) أي لم يمت عنده حتف أنفه

لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء للملك وان كان بعوض (أو لان المال فيه ليس بأمرأى الى بل من العوارض ولهذا ثبت الولاء به وان قتل المشتري العبد

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكى الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع وان أراد دلالة على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذي أوردته على جوابه ولك أن تقول الباء فيه للاستيلاء ولا يلزم الاطراد فتأمل وأنت خير بأنه لو أراد رد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر اذ لا يرد حيثئذ ما أوردناه والحق أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خير بأن عبارة الجواب السابق لا تأتي عن الجمل على هذا المعنى (قوله فصار حاسبا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانتهاء يحتاج إلخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالاعتاق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيقيان على القياس فتأمل

المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه (١٢٣) يرجع وذكروا في الينا بيع قول محمد معه لان

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ديني بغيره لا كالقصاص والدية فصار كالموت عرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى

في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشرعيين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصربه مستقضيا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فأكله أو شربه أو قبله حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتاق ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الرد نذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع أو قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهم ما انه لا يعتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء

أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمد كور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ديني أو يفسر كالموت حتف أنفه فيكون انما وجه الظاهر أن القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجد بموجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا أو ما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبهه البيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشئ) عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمد كور من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب الينا بيع ان محمد معه وهو قول الشافعي وأحمد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ديني) من قصاص أو دية (فكان كالموت حتف أنفه) وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق (وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا) قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر (وانما يسقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولم يسقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضا) هو سلامة نفسه ان كان عبدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كائنه بآءه (بخلاف الاعتاق) لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا يتفقد وعق أحد الشرعيين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجب بذاته فلم يستفد أي لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما (وأما الاكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحمد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوي (وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كالاعتاق) بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به (وله انه ألتفه بفعل مضمون منه) لو وجد في غير ملكه غير انه سقط أي انتفى الضمان للملكه فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا يعتبر بكونه مقصودا) بالشراء لانه وصف طردي لا أثر له في إثبات الرجوع (ألا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخير جوابه عن دليلهما فيفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أوجب بأن امتناع الرد فيهما ملحق بالشرع لانه لا خلاف في ذلك ههنا فانه امتنع لفعله ملحق بالشرع وههنا يتم في الخياطة للزيادة أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا الوجه له البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لان الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤية بعضه كروية كله يسقط الخيار (فصار كالو باع بعضه) ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي

ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض

قال المصنف (وجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول ولقائل أن يقول المقتضى يستفيد باعتاق الولاء فلم يجعل مستقضيا

وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وفي بيع البعض عنهما روايتان في احدهما لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة وهو المذکور ههنا لان الطعام شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) اذا اشترى بيضا أو بطيخا (أو قنأ أو جوزا) أو شيئا من الفواكه (فكسره) غير عالم بعيبه (فوجد الكل فاسدا) (١٦٤) بان كان منتزعا ومرا أو خالبا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب

ولم يتناول منه شيئا بعد مذاقه (فله أن يرجع بالثلث كله) لانه تبين بالكسره انه ليس بمال اذا لم يتلفع به لما في الحال ولا ما في المال والمذکور ليس كذلك وتفتن من القيود باضدادها فانه اذا كسره عالم بعيبه صار راضيا واذا صلح لأكل بعض الناس أو الدواب أو وحده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيئا بعد مذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على

وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض (قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قنأ أو خيارا أو جوزا فكسره فوجد فاسدا فان لم ينتفع به يرجع بالثلث كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ما لينة باعتبار اللب (وان كان ينتفع به مع فساد لم يرد) لان الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعض فكان قادرا على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول أبي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثلث وان الثاني قول محمد قال وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث وفي شرح المجمع قال أبو يوسف يرد ما بقي ان رضى البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فينوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فيبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جمع البخاري أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتي ولو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكانبه أو ضيفه لا يرجع بشيء ولو أطعمه عبده أو مديرة أو أم ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخر بعضه وظهر أنه مررد ما بقي ويرجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنًا ذائبًا فأكله ثم أقر البائع انه كان وقعت فيه فارة يرجع بالنقصان عندهما وبه يفتي وفي الكفاية كل تصرف بسقط خيار العيب اذا وجدته في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لانه كالرضائه (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قنأ أو خيارا أو جوزا) أو قنأ أو قنأ كهيئة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجد فاسدا فان لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر (رجع بالثلث كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا) بخلاف ماله كسره عالم بالعيب لا يرد (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بأن كان في موضع يعز فيه الحطب وهو مما يشترى للوقود (على ما قيل) من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثلث لان العقد فيه صادف محله (لان مالبة الجوز) قبل الكسر ليس الا (باعتبار اللب) واذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف وأشار اليه الامام السرخسي (وان كان ينتفع به مع فساد) بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا أن يتناول شيئا منه بعد العلم

ما قيل لان مالبة الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فلا يقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثلث وعلى هذا اذا كان المبيع بيض النعامة فوجد بها الكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لان مالبة بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد له عيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين

(قوله وان تناول منه شيئا بعد مذاقه صار راضيا بالخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يكن مالا وكان يباعه باطلا لا يفيد رضاه صحة البيع كما لو رضى بشراء المينة والدم حيث لا يصححه الشرع برضاه فالتقييم بما لا يستلزم الرضا ضائع بل محل كماله مخفى على المتأمل

وقال الشافعي رحمه الله يردده لأن الكسر بتسليطه فلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لافي ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثني في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقراره أو بينة أو بآباء عيبيه أن يردده على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل

فلا يرجع بشئ ولذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد مذاقه لا يرجع بشئ وأما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف (وقال الشافعي يردده) يعني اذا وجد بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه وفي شرح الاقطع قبله بما اذا كان الكسر مقدر الا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوايه انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه (فلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لافي ملكه فصار كما اذا كان) المبيع (ثوبا فقطعه) المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يردده مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على انه لا يردده وفي مسألة القطع ان تسليطه هذا هو التسليط المعتبر به هو مالوسلطة ان يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذلك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر له ذاني نفى ولا اثبات (ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا من الجوز والبيض لا يخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الخنطة والشعير فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس بفسد وهو ظاهر (وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المصنف في القلب لانه كالواحد والمثنى وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفو قال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قبل يجوز العقد في الخمسة التي فيها ببنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها ببنصف الثمن وهو الاصح لان هذا يعني الثمن المفصل عندهما فان الثمن يتقسم على الاجزاء لا على القيمة (قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي (ب) سبب اقراره) بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لانكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب (فانه ان يردده على بائعه) الاول يعني له أن يخاصم الاول ويفعل ما يجب معه الى أن يردده عليه وقيد في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول أما ان أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصرم كذا فيما أقر به ولم يوجد هذه أقضاء على خلاف ما أقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يردده على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق (فسخ من الاصل) يعني من كل وجه (فجعل

المشتري لافي ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدر او لو وجد البعض فاسدا فالفساد ما أن يكون قليلا كاثني في المائة أو كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعناد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والعبد قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري) ومن باع عبدا فباعه المشتري (ثم رده عليه بعيب (ف) اما ان قبل بقضاء القاضي أو بغير قضائه فان كان الاول فاما أن يكون باقراره ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الافراد بالعيب والمشتري أنكر ذلك فثبت الخصم بالبينة وانما احتج الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب (لانه فسخ من الاصل فجعل

البيع كأن لم يكن غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداعلى الموكل لأن البيع هناك واحد والموجوده هنا بيعان فيه فسح الشان والاول لا ينسخ

البيع كان لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يخال ما تعامنه وهو أن القضاء بالبينة والنكول فرع انكاره العيب فخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفرانه لا يرد عليه لانتفاء المذکور وكذا بالقرار فان معناه على ما فسر المصنف ان يدعى عليه أنه أقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووجههم ولهذا قال بعد الرد ليس به عيب لا يرد على البائع الاول بالاتفاق أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فانه عدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والا فيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعلون فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية اصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه برزعه وهي الدافعة لخصومته البائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرد لان المعنى له أن يخصم فيه بخلاف الوكيل بالبيع اذا ردتم اياه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو بآباء يمين أو باقرار من المأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون رداعلى الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيدته نحر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وبآباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله أما في عيب يحدث مثله يرد بالبينة وبآباء اليمين ولا يرد المأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار والقرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي ان هذا عيب قديم أولا أو علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة أو غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ ان العيب كان في يد البائع فيرد عليه أما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهرا فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رداعلى الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراء ألا ترى انه لو ادعى بمال على عبدا أذن له في التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز الا في نحو الضيافة البسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرار المالك الرجوع عنه والشيء اذا أجرى مجرى الشيء لا يلزم كونه مجرى مجراء من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر غرضه فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للدعي بها ثم أقام المدعي عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته وتربا لدار عليه ولو أقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أولا يحدث مثله لان هذا الفسخ عده جديدا في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني

البيع الثاني كالمعدوم) والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (قوله غاية الامر) اشارة الى جواب زفر عما قال اذا جحد العيب ليس له أن يدعى على البائع الاول ان به عيبا ليكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد البيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداعلى الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رداعلى البائع ووجهه أن البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان و بر دأحدهما لا يرتد الآخر

قال المصنف (لكنه صار مكذبا شرعا) أقول قال ابن الهمام وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه برزعه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول اه وفيه بحث

(وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرد) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما

الفسخ الذي بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعني المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يرد) على بائعه هـ ذاهو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء أحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرد على البائع الاول خلافا لفرع وان قبله بالتراضي ليس له أن يرد عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كأن المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرد على الاول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبرافلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعيب فلا يرد على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبيعة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الحرة وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أمه بالبائع لانصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كالمولوم بيعها لابن فادعاه الاب والثالثة ما لو حال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت أجيب ببيان المراد وهو أن محمدا ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنيها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذها بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود أما مناهلا وذلك المسئلة تنقلها في المحيط من المنتقى أن من اشترى دينارا بدينارهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الاخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرد على بائعه وذلك المعنى وهو

وان كان الثاني فليس له أن يرد لانه اقاله وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض وأما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء أو بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالتخييار الشرط أو بخيار الرؤية

(قوله وان كان الثاني فليس له أن يرد) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول وهو قوله فان كان الاول فاما أن يكون باقرار

ودرجه بذكر وضع الجامع الصغير لينين أن الجوار في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة أو الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء كان قد يتوهم أن العيب إذا كان عمالاً يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يردّه على بائعه لتسقيته بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات ١٦٨ بيوع الأصل والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء أقالة تعتمد التراضي

(وفي الجامع الصغير وإن رده عليه بأقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم الذي باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع أن كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول (قال ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة

أن المبيعين حيثما يكونان معدومين لأن المبيع ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فإذا رد على المشتري يردّه بخلاف المبيعين في غير النقود كسئلة الهدايا فأنهم موجودان في ذلك إذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يردّه على بائعه وإذن ما فيها من الإطلاق المذكور بالنسبة إلى موضوع المسئلة غير محتاج إلى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) إلى آخره انما ذكره لأن ظاهره يخالف القدرى فإنه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدناه في الجامع حيث قال وإن رده عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم فقال انما قيد به ليعلم أنه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لأنه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاعبة فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال أنه حدث عند المشتري أولى قال المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أي بيوع الأصل (أن كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الأول إذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول) وقد فعل بغير قضاء مالم يرفع إلى قاض فعليه لأن الرتمتين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضى والمراد لا يحدث مثله مطلقاً وفي مدة كونه في ملك المشتري الأول إلى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات أن هذا ردت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم أنهم ما فعلوا عين ما يفعله القاضى لأن الحكم الأصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار إلى الرد للعجز فإذا نقله إلى الرد لم يصح في حق غيرهما ألا ترى أن الراد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول إلى غيره فافترقا هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما إذا كان قبل قبضه فله المشتري الأول أن يردّه على البائع الأول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كالموابع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط اختياره أو بعباقبه خياراً رؤية فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يردّه مطلقاً وعلم أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال في الإيضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تنهى إلا أن حقه في صفة السلامة قائم فإذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلاً لأن الصفة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وانما ظهر أثره في حق الكل لأنه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقه ما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لأنه فسخ في حق الكل لأن حقه في الفسخ ثبت أصلاً لأنهم ما يسلبان اللزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفياً حقه وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبداً وقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة)

فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيره ما هو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخصمه (قال ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) فان حلف البائع دفع إليه الثمن وإن أقام المشتري البينة فهو أن شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لأنه جعل غاية عدم الاجبار اما بين البائع أو بينة المشتري وذلك بالنسبة إلى الأول صحيح لأن باليمين يتوجه الاجبار بالنسبة إلى الثاني ليس بصحيح لأن باقاة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها بتبناؤها ما بارداً تقديره وسقيتها ما بارداً وبأن يجعل الكلام متضمناً للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أي حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لأن كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها

تبناؤه بمعنى أطعمتها فإنه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فإنه مني أي ومن لم يشربه على

(قوله وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها الخ) أقول هذا الجواب للإمام ظهير الدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمناً الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين السكاكي وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أي لم يحكم بشئ (قوله واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أي وجه حكمه فالمضاف محذوف

و بأن الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر الالزام واردة الملزوم كناية والحق أن الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس
بلازم (قوله) لأنه أنكر وجوب دفع الثمن) لتلبيح لعدم الاجبار لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه بدعوى العيب
وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لأن وجوب دفع الثمن أو لا ليس الاتعين حق البائع بازاء تعين المبيع حيث أنكر تعين
حقه في المبيع لأن حقه في السلم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً وفي انكار العلة انكار المثل الأول فانتصب خصماً أولاً بدعوى حقه من
حجة وهي اما بينة أو عين البائع فان قيل في هذا التعديل فساد الوضع لأن صفة الانكار تقتضي اسناد اليقين اليه لا اقامة البينة بالحديث
فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى يدعى ما يوجب دفع الثمن أولاً وان كان في الصورة منكر (قوله) ولأنه لو قضى بالدفع
دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض
المتحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوماً لكن يجب على القاضي (١٦٩) اعتباره صوتاً للقضائه عن النقص

فانه اذا قضى بالدفع فله
يظهر العيب فينتقض
القضاء قال (فان قال المشتري
شهودي بالشام) اذا طلب
من المشتري اقامة البينة
على ما ادعاه فقال شهودي
بالشام غيب (استحلف البائع)
فان حلف دفع اليه الثمن
لان في الانتظار ضرراً بالبائع
فان قيل في الزام المشتري
دفع الثمن ضرره أيضاً
أجاب المصنف بقوله (وليس
في دفع الثمن كبير ضرره
لأنه على حجة) يعني هو
بسبيل من اقامة البينة
عند حضور شهوده وفيه
بحث من وجهين الاول
ما قيل في بقاء المشتري على
حجته بطلان قضاء القاضي
وقد تقدم بطلانه والثاني
ان الانتظار واقامة الحجة
بعد الدفع مؤقتان بحضور
الشهود فكيف كان
أحدهما ضرراً والاخر دونه

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولاً ليعتبر حقه بازاء
تعين المبيع ولأنه لو قضى بالدفع فله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صوتاً للقضائه (فان
قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا يمتنع حضور الشهود
لأن في الانتظار ضرراً بالبائع وليس في الدفع كبير ضرره لأنه على حجة

على البائع أن العيب كان عنده وعنده ومقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجب بر على دفع
الثمن وهو فاسد فدر طهر الدين الثاني خبراً هكذا لم يجب بر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم
البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه
ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن
بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكسر فيستمر عدم الجبر لعدم الجبر ثبت مع إحدى صورتي التحليف
كما ثبت مع اقامة البينة وقيل بقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان أعني الحلف واقامة البينة هكذا لم
يجب بر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعد ما بأن يحلف فيحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول
لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجب بر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيباً (لأنه أنكر
وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه) لأن حقه في السلم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجباً
دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولاً ليعتبر حقه البائع بازاء تعين) حق المشتري في (المبيع) ولم
يتعين لأنه السلم وقد أنكره وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا
يعارض المتحقق فالجواب منع قيام الموجب لأنه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل
التزاع وإضافة ما ثبت ما ادعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقص ينبغي
ما أمكن (فلو أن المشتري قال شهودي بالشام) مثلاً فأهملني حتى أحضرهم أو آتيت بكتاب حكى
من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل (يستحلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد
المبيع وانما قلنا هذا (لان في الانتظار بالبائع كبير ضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجري
محجراً لابطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبير ضرار بالمشتري
(لأنه على حجة) اذله أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال

(٢٢ - فتح القدير خامس)

(قوله) والحق أن الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول فيه بحث لأن مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على
ما صرح به في التسليم خصوصاً في الروايات وكلام المصنفين (قوله) لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه) أقول
ضمير حقه راجع الى المشتري (قوله) فالجواب الاعتبار بالمعنى (الح) أقول ولعل الصحيح في الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضي
اسناد اليقين اليه لولم يكن انكاره في ضمن دعوى خلاف الظاهر وههنا في ضمن ذلك فإن الظاهر في المبيع هو السلامة (قوله) وان كان في
الصورة منكر (أقول) فيه بحث فانه مدعى صورة ألا يرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله) وان كان موهوماً لكن يجب على
القاضي (الح) أقول انما سلم كونه موهوماً فلا يجب على القاضي اعتباره والا فليما يخلو قضاء عن أمر موهوم فلعلى الخصم مدعى ما لا
يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع للسليم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام

والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى بإدعاء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود ومتهم لجواز أن يكون ذلك مما طاله فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري عين البائع فنسكل ألزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة قال (ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) اذا ادعى المشتري ابا قال العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان أقام بيئته انه أبى عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا أو البراء وان أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بيئته فان أقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بيئته وطلب الممين يستخلف أنه لم يأتى عنده وانما لم يخلف قيل إقامة المشتري البيئته لان القول وان كان قول البائع لم يكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفة انكاره انما تكون بالجهة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البيئته (١٧٠) انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس يدع بل فيما اذا ادعى

العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأى فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر ديننا فأنكر المدعي عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الاول بأن إقامة هذه البيئته من تمة إقامة البيئته على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الابتهار فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاسماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما

أما اذا نسكل ألزم العيب لانه حجة فيه (قال ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) لم يخلف البائع حتى يقيم المشتري البيئته أنه أبى عنده) والمراد بالخلف على أنه لم يأتى عنده لأن القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالجهة

شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بينتي الى ثلاثة أيام أجلها وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتنا كرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير القضاء هنا يدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البيئته بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله أعني ما اذا قال لي بيئته غائبة أو قال ليس لي بيئته حاضرة ثم أتى بيئته تقبل وأما اذا قال لا بيئته لي فخلف خصمه ثم أتى بيئته في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسخ في قبول البيئته عن أصحابنا روايتان نعم تخلف البائع في مسألة الكتاب بخالف ما في روضة القضاء اذا قال بينتي غائبة لم يخلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يخلف وكذا لو قال لي بيئته حاضرة في المصنف فأخلفه ثم أتى به لا يخلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله (أما اذا نسكل ألزم العيب لانه) يعني النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب وقيده به لأن النكول ليس حجة في كل شيء انما ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (ابا قال) عنده وعند البائع فأراد تخلف البائع على عدم الاباق عنده (لا يخلف حتى يقيم المشتري البيئته أنه أبى عنده) أي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما ألزم ذلك (لان القول وان كان قوله) أي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه الممين عليه (الابعد) ثبوت قيام المدعي مسببا للرد (ومعرفة) أي معرفة قيام العيب (بالجهة) عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عنده ما أمافي عيب لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولاية الجارية وكذا الجنون

لا يكون له بيئته أو كانت له بيئته لكن لا يقدر على اقامتها الموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا

(قوله قد قضى بإدعاء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضا الا أن يقال التوقيت هنا ضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود ومتهم) أقول ولك أن نجيب أيضا بأننا لم ننصف الضرر عن المشتري بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البطلان في يد المشتري دون البائع فليتنا مل (قوله لجواز أن يكون ذلك مما طاله) أقول انما ليس له غاية معلومة (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعني في الكبر أو في الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني ان سلامة الذم الخ) أقول ولنا ان نجيب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرد ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء بالالبقاء بل يكفي وجوده في الحال

فإذا أقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عنده قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنهم تعلقه بالشرطين جميعاً ولو أجاز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعاً ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوههم تعلقه بالشرطين جميعاً إشارة إلى أن أويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يتهوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكره هذه العبارة في التحليف وقال الأئمة قالوا النظر للمشتري بعدم (١٧١) إذا استخلفه بهذه الصفة وذكر

الوجه المذكور ثم قال والأصح عندي الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في يمينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً وعلى هذا فلا قائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال (أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعمله (بأنه يوههم تعلقه بالشرطين في تأوله وقالوا إنما قال يوههم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً وهو يناقض قوله لا يحلفه إلا إذا حصل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فإن قيل الأباقي فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما

(فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عنده قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول ذهول عنه والثاني يوههم تعلقه بالشرطين في تأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولولم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قوله ما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله لهم أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليه البينة فكذا يترتب التحليف

على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعي إباحة فيسكنه قيامه في الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فانه يسأل عن وجوده عنده فإن اعترف رده عليه بالتماس المشتري وإن أنكر طوبى المشتري بالبينة على أن الأباقي وجد عند البائع فإن أقامها رده والأباقي بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط قال المصنف (كذا قاله في الكتاب) أي الجامع فإن عبارته هكذا فإذا أقام على ذلك البينة استخلف البائع بالله لقد باعه وسلمه وما أبق قط قالوا (وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به أو بالله ما أبق) عند ذلك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فإذا فرض حدوث العيب كذلك حلف لقد بعته وسلمه وما به هذا العيب كان باراً في يمينه وأما بعته وسلمه وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك في تأوله البائع في يمينه أي بقصد تعاقب عدم العيب بالشرطين جميعاً وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لغة على تقدير قصده إليه بوجوب بره شرعاً وليس كذلك فإن تأوله كذلك لا يخلصه عنه إلا الله تعالى من ذلك اليمين بل هي بين غموس والأخصر مع الوفاء المقصود أن يحلف بالله ما أبق عندي قط (ولولم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده المشتري يحلف على قوله ما واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف المذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد

التزمه وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أن له علم بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فإن لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عنده المشتري هل له ذلك أولاً قيل له ذلك على قوله ما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور في النوادر كره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لهم أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء

(قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لأن شمس الأئمة إلى قوله والأصح عندي) أقول تصحج شمس الأئمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذكور في النوادر) أقول أي الاختلاف هو المذكور (قوله وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) أقول بل قوله كقولهما

ولا يبي حنيقة على قول من
يقول لا تحلف على مذهبه
أن الحلف يترتب على
دعوى صحيحة ولا تصح
الدعوى إلا من خصم ولا
يصير المدعى وهو المشتري
ههنا خصما إلا بعد قيام
العيب بالجهة الشرعية
وقد عجز عنها ولا نسلم أن كل
ما يترتب عليه البينة
يترتب عليه التحليف فإن
دعوى الوكالة يترتب عليها
البينة دون التحليف والبينة
لا تستلزم الدعوى فضلا
عن صحتها بل قد تقوم على
مالا دعوى فيه أصلا كما
في الحدود بخلاف التحليف
والفرق أن التحليف شرع
لقطع الخصومة فكان
مقتضا سابقا لخصم وأن
يكون المشتري هنا خصما
الإبعد اثبات قيام العيب
في يده ولم يثبت كما تقدم
وأما البينة ههنا فشروعة
لإثبات كونه خصما فلا
تستلزم كونه خصما (وإذا
نكل عن اليمين عندهما
يحلف ثانيا للرد) على البينات
(على الوجه الذي قدمناه)
على ما تقدم

(قوله والفرق أن التحليف
شرع لقطع الخصومة)
أقول وكذلك البينات فإذا
كان لهما حكم محصور
ههنا فلا يجوز أن يكون
للتحليف حكم كذلك

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصما
فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكري لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما وإنما
يحلف على العلم لأنه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على أنه ما كان عنده فقبل لأنه وإن كان على فعل
الغير لم يكن الحلف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا لم يكن الحلف مدعيا العلم به أما إذا كان مدعيا فلا
الآثر أن المودع إذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البينات مع أنه فعل الغير وقبل
ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الإمام السرخسي والاول أوجه فإن
معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يفعل السرقة
عندى فراجع إلى الحلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلان أحدهما ما لو باع رجلان عبدا من
آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فإنه يحلف في نصيبه بالجزم
وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع أنه يدعى العلم بانتفاء العيب الثانية إذا باع المتفاوضان عبدا وغاب
أحدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع
ادعائه علم بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندى أن يشك ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لاعتكسه لأن
تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البينات وهو واحد أعني العيب في ذات واحدة هو المشكك
فالوجه ما ذكرنا والمسئلان مشككتان لأنه إن علم بالعيب كان علمه بالنسبة إلى النصفين أوجه له كان
أيضا كذلك الآن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هـ ذا الوارث على
البينات في مدته ما أتى عندي وعلى العلم في مدة شريكه ما علم أنه أتى عند شريكه فليكن محلهما ذلك
وعلى هذا فلولم تكن إقامة العبد إلا عند هذا الشريك لا يحلف الأعلى البينات ويكتفى بذلك الآن هذا غير
معلوم فيحلف كما ذكرنا ولولم تكن إقامته إلا عند الذي مات لا يحلف الأعلى البينات لأن العقد اقتضى
وصف السلامة واعلم أن ما تطارحناه أنه لو لم يأتى عند البائع وأتى عند المشتري وكان أتى عند آخر
قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبتته برده به لأنه معيب والعقد أوجب على هذا
البائع السليم ولولم يقدر على إثباته أنه ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بشكره (وجه قوله على)
تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ولا
يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب) وإذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (يحلف ثانيا
للرد على الوجه الذي قدمناه) لأنه بشكوله أنزل مقر بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة
فيه فيحلف على أنه ما وجد عنده إلى آخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قبل يفيد أن
البينة لا يلزم ترتبها عليهم بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا
ففي دعوى غير صحيحة أولى وفي الكافي الأصح أنه لا يحلف لأن التحليف شرع لدفع الخصومة لا لإثباتها
وهذا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإن توجه اليمين هو من
الخصومة فهاتين خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها
مبدأ أخرى وأما قوله في الوجه الحلف إنما يترتب على دعوى صحيحة فنقول إن كان المراد بالصحة
ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لأنه إذا ادعى أنه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك
أن القاضى يطلب جوابه عنه ألا ترى إلى قولهم فإن اعترف أن الأمر كذلك رد عليه وإن أنكر وجوده عنده
واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فإن عجز عنها حلف إلى آخره أو اعترف بوجوده عنده
وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على
عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الأولى وهو وجوده لأن تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد

قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذبلع مبالغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائده الا بعد فوجبه تقديمه وكذا لو كان العيب مما يكتفي بالرد وجوده عند البائع فقط كولد الجارية وكونها رذنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لافرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلامهم - ما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تنجبه قبل اثبات الدين وهنا لا تنجبه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له أن يحجب هنا بانكار العيب عندهما رأسا كذلك له أن يحجب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت لافرق والله اعلم فالوجه ما قال من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أتى) عندي (من ذبلع مبالغ الرجال) لانه عساه أتى عنده في الصغر فقط ثم أتى عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم ولو الزمناه الحلف ما أتى عنده قط اضر رنا به والزمناه ما لا يلزمه ولولم يحلف أصلا اضر رنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعي ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كاسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي أصناف أخرى ذكرها فاضحان هي مع ما ذكرنا تنتم أربعة أنواع الاول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاذة أي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحلف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو البراءة منه فاذا ادعى المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثاني أن يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عندهما رده وكذا اذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فشكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكتفي والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرق والقرن والعقل والنيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا أنه اذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا أو قرنا عرت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا أن يدعي رضاه فعلى ما ذكرنا وفي شرح فاضحان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوثة فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنتي يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أتى منه ذبلع مبالغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أتى في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أتى عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرره

قال (ومن اشترى جارية وتقابض) ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض (كفي الغصب) فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غلامين (١٧٤) وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض (وكذا اذا اتفقا

على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاريين ثم اختلفا فقال البائع قبضتنيها وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري (لما ينأ) ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى لان كون المبيع شيئين أمانة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلقا لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فههنا أولى قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة) رجل قال لا آخر بعثك هذين العبدين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس له أن يردا المعيب خاصة (بل يأخذهما أو يدعهما) جميعا (لان الصفقة تتم بقبضهما) لما ان تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تم بقبضه الصفقة لا تتم قبضه بوضعه اتوقفه على قبض الكل

(قال ومن اشترى جارية وتقابض فوجد بها عيبا فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتنيها وحدها فالقول قول المشتري) لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) لما ينأ قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما أو يدعهما) لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تقريرهما قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبهة بالمقدار فالتقرير فيه كالتقرير بقى في العقد ولو قال بعه فان لم يشترده على فعرضه فلم يشتره سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زوفا فقال المشتري للبائع انفقته فان لم يرج رده على فانفق فلم يرج رده استحسنانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أراه الخياط فان قطعه والارده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لميت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي القنية لو وجدته معيبا فخاصم بآثمه فيه ثم ترك الخصومة أيا ما تم عاد اليها فقال له بآثمه لم سكت عن الخصومة مدة فقال لا نظرانه يزول أولا فله رده كذا في المجتبى (قوله ومن اشترى جارية) أو غيرها من الاعيان (وتقابض) فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية (فوجد بها) المشتري (عيبا) فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا أنه (قال بعثك هذه وأخرى معها) وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشتري بعثتنيها وحدها) فارد جميع الثمن ولا يئنه لاحد (فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف في مقدار المقبوض والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضميما لانه يشكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان المبيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري يشكر فالقول قوله وصار (كالغصب) اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع آخر او حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على ان المبيع جاريين ثم قال البائع قبضتنيها وانما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري (لما ينأ) من أن القول قول القابض (قوله ومن اشترى عبدين) أو ثوبين (صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر) الذي لم يقبض (عيبا فانه بالخيار) ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصورة (لان الصفقة انما تتم بقبضهما) لانها انما تتم بقبض المبيع ولم يوجد (فيكون) رد أحدهما وحده (تقريره بالصفقة قبل التمام وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تقريره بالصفقة قبل تمامها بناء على أن تقريرهما قبل القبض كتقريرهما في نفس العقد فيما اذا قال بعثتكم ههنا فأف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبهة بالعقد) لانه ثبت ملك التصرف كما ثبت العقد ملك الرقبة ولانه أعنى القبض مؤكدا لما أنتمه العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذ رجعوا يضمون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج وتحبوه فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وما قبل في تمامه وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام ولو

اذنالك فاتفرق بقبل قبضهما (تفرق بقبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب صلى بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (وهذا) أي التفرق بقى في القبض لا يجوز (لان القبض شبهة بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفرق بقى في القبض) كالتفرق بقى في العقد) ولو قال بعثت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

(قوله لما ينأ الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه تأمل

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا فالواقي شروع الجامع الصغیر اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض قبل النظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة (والاصح انه ليس له ذلك) لأن تمام الصفقة (١٧٥) بقبض المبيع وهو اسم لكل فهو كبس

(المبيع) لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البديلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يردده خاصة) وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة (ولا يعرى عن ضرر اذا العادة جرت بضم الجيد الى الردى فأشبهه ما قبل القبض) بجامع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا انه اذا قبض ما جيعا فقد عت الصفقة والتفريق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيه ما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما يلزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رحمه الله انه يردده خاصة والاصح أنه يأخذهما أو يرددهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكل فصارت كبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضه ما ثم وجد بأحدهما عيبا يردده خاصة خلافا لغيره يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردى فأشبهه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا الواضح أحدهما ليس له أن يرد الا آخر (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

صلى وبين يديه نار وبقر به نجاسة كان مكروها ليس غيبا لا يصححها فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يردده خاصة) لان الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يرددهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله) فمالم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الكبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وأخذ النقصان ليس له ذلك (فاما) (لو) كان (قبضهما) أعنى العبدین (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن يردده خاصة خلافا لغيره يقول فيه) أي في رده وحده (تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة بضم الجيد الى الردى) لترويج الردى وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبهه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم اذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال أصحابنا اذا اشترى عبدین صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصارت كبس القبض وذ كر صاحب المختلف والمنظومة من ل ما ذكره دورى على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الائمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الا آخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالوسعي لكل واحد ثمن أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدین أما اذا لم يمكن في العادة كنعلين أو خفيين أو مصرعي باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يرددهما أو عيسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشي واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثورا وقبضه ما ثم وجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الا آخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة (قوله ومن اشترى شيئا مما يكال كالخنطة والتمر

قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قبل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدین وأما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصرعي الباب فانه يرددهما أو عيسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل دونه لا يمكن رد المعيب خاصة (قوله ولهذا) أي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدین) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الا آخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا مما يكال

أو بوزن) تقريق الصفة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان وبعد يجوز في غير المكيل والموزون وأما فيه ما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لأنه برده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع ووجه الظاهر أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد اسماء وحكما أما الأول فلا يسمي باسم واحد ككثر وقفيز (١٧٦) ونحوهما وأما الثاني فلا أن المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لأن الحبة

بأنفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كروية كلها كالنوب الواحد وفي النوب الواحد إذا وجد بعضه معيبا ليس له الرد الكل أو أمساكه لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهو في الأعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فلو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القبض كافي الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب أنه على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط وعلى الأخرى انما لم يقبل العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لا يضره التبعض لأن استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لأنهم في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه

(أو بوزن) فوجد بعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد لا يرى أنه يسمي باسم واحد وهو الكثر ونحوه وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعض

(أو بوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد بعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده) إذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أمالو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالتياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لأن المكيل إذا كان من جنس واحد) كالحنطة أو الشعير (فهو كشئ واحد) فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق بأحد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الأحاد المتعددة منها كالشئ الواحد نوب أو بساط ونحوه (الآثرى أنه يسمي) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالسكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدان فإنه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لأنهما شيان حقيقة وتقوموا وانتفاعا لا يوجب أفراد أحدهما عن الآخر عيبا حادنا فيه (قيل هذا) يعني كونه يرد الكل (إذا كان في وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما إذا اشترى عدلى حنطة صفقة فوجد بأحد هما عيبا فإنه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره نضر الإسلام قال لأن تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فإنه إذا كان مختلطاً بالخير يرد كله عيباً ما إذا انفرد فلو ورد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما إذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو الوليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة وأحد الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة في المجردين رجلان لو اشترى عدلا من تمر فوجد بعدل منهما عيبا فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لأن التمر إذا كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذكر الناطقي رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقطين من سمن أو سلتين من زعفران أو جملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة إلا أن يكون هذا أو الآخر سواء فاما أن يرد كله أو يترك كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناسا مع أن الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق أيضا في نحو الحنطة فإنها تكون متعددة وبجارية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ويتقيد الاطلاق في الاسلام ان في الاعمال رد المعيب خاصة بأن ذلك إذا كان باقي الاعمال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسها بأن يكون بعض الاعمال برنيا وبعضها البانة فبر ذلك خاصة أما إذا كان الاعمال من جنس واحد بأن يكون كلها برنيا أو صحنانيا أو لبانة أو عراقية فرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وإن كثرت لجريان ما ذكرنا من وجهه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أي بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد وروى عن أبي حنيفة أن له رده دفع الضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لافي

انقبة

ليرده لأن تميز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعض يضره والشركة

عيب فيه زائد فلم يبق الرد الكل أو أمساكه

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قبل القبض فالحكم في غير المثل والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد) أقول اختاره هذا القول في فتاوى قاضيان ولم يذكر غيره (قوله لأن رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

(قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تقرير الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعقد ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا أجاز المستحق بعد ما اقر فبقي العقد صحيحا فاعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى أن تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق (١٧٧) بعض الثوب فله المشتري الخيار في

رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ما يبيعه والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومنه يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعني انه ليس بحدث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سمين قبل القبض في جميع الصور أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فلقوله أما اذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجدر حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداها أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضاء) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب

القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المدين القمح يساع على وزان ما يباع به الاردي والغرارة وأما في المنفعة فظاهر فلا يضر ربه بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بانه بيعه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمة متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا ينعيب بالشركة فانهم ما ان شاء آفقتهم في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب وموثة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدهما وغلماهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تقرير الصفقة على المشتري للمستحق عليه فأجاب بأن تقرير الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد وقد تحقق (لارضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا اذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد اقتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فاعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (اذا كان بعد القبض) أما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه (قبل التمام) لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكتاب (فله الخيار لان التشقيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقاءه شرا بكا لا يقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) الى آخره أي هذا العيب أعني عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف عيب الجيد من الردي وفي المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الرد الكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً) ونحوه من مرض أو عرض فداها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو رضاء لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط اذ اركب فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار (لان ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجة مرة أو بالاستخدام

(٣٣ - فتح القدير خامس) العبدان ولهذا الواضح أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراة بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداها المشتري) جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عذر رضا بالعيب لان ذلك دليل قصده الاستبقاء لان المداواة إزالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصده الاستبقاء ودليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاخبار بالركوب فلا يكون مسقطا

مسقطاً (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليسقيها لها علفاً فليس رضا) أما الركب للرد فلا نه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجديدها منه إما لصعوبة بيعها أو ليجزئه أولكون العلف في عدل واحد أو ما إذا كان يجديدها منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردّه وبأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق)

مرة (مسقطاً) لفنصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارشافن ذلك العرض على البيع والجاره واللبس والركوب لحاجته والمداد واذا والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط إلا بالمرة الثانية لان الأولى للاختيار الذي لا جـ له شرع الخيار فلم تكن الأولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري إلى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الفائت اليه فبالمرة الأولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخرج الردمع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصوصية بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الردمع وعند الشافعي يبطل والتقيد بحاجته لانه (لوركبها ليسقيها أو يردّها على بائعها أو يشتري لها علفاً فليس رضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركب للرد فإنه سبب الرد) فإنه لو لم يركبها احتاج إلى سوقها فربما لا تنقاد أو تلتف ما لا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك إلا الركب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته) إلى ذلك فيهما لانها قد تكون صعبة ففي قودها ليسقيها أو يردّها على بائعها أو يشتري لها علفاً فليس رضا (أولكون العلف في عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها الا اذا كان راكباً وتقيده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركب رضا ذكره قاضي خان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تمنع الرد معها تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطابق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبها الحاجة لنفسك وقال المشتري لاردها عليك فاقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المسوق للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجوع والصعوبة والناس يختلفون في تحيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخطر شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفاً غيرهما كان رضار كرها أو لم يركبها **فرع** وجسد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على جـ له على ما يرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (قوله ومن اشترى عبداً قد سرق) عند البائع وعلى ما ذكرناه وقع في المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسنأتي فائدة هذا القيد (فقطع عند المشتري فله أن يردّه) على بائعه (وبأخذ الثمن) كـ منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا في المبسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقاً بسبب كان عند البائع والبس من الأذى نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء يرجع بنصف الثمن وان شاء رده ما بقي ويرجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفاً إلى اختياره رد العبد المفقوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفاً إلى اختياره إمساكه وفي شرح الطحاوي لا سيما في لو قطعت يده بعد القبض إلى آخر الصورة ان شاء رضى بالعبد لا قطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يردّه ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبداً واجب عليه القطع وعبد لم يجب عليه القطع

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليسقيها لها علفاً فليس ذلك رضا) أما الركب للرد فلا فرق فيه بين أن يكون له منه بدأً ولا لان في الركب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر وأما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجديدها منه بدأً لصعوبة الدابة لكونها شامسة وسأول يجزئه عن المشي لضعف أو كبر أولكون العلف في عدل واحد أما اذا وجد منه بدلان عدم الأولين أولكون العلف في عدلين وركب كان الركب رضا لان جملة حينئذ يمكن بدون الركب قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يردّه وبأخذ الثمن كله وله أن يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة وقال انه يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد أو الردة لهما ان (١٧٩) الموجود في يد البائع سبب القطع أو

القتل وهو لا ينافي المالية لأنه لا ينافي في المالية إلا ترى انه لو مات تفررا الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لأنه يعتمد على الكنه متعيب لأن مباح اليد والدم لا يشتري كالمسلم لأنه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجاع والمبيع المنعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد أما في صورة القتل قطاهروا في صورة القطع فلا أن الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كالتبدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناول العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله أولانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنقد العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعبد الرد يجنباه وجدت في يد الغاصب

ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضى البائع أن يرد فبرده ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف أن له أن يرد ويرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الابقاع في الالباس واقر ب ما يظن انه مارتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا عبارة الهداية أخف فانه قال فله أن يرد ويأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الاخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقصر على محل الخلاف لكن القرض ان الخلاف ثابت في الاخر وهو اذا أمسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عمدا أو رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعنده ما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله يرجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرد لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص بأبي شراء المشتري اباه ببيع شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالأبي المرتهن ببيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العاقوبة متعلق بأدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشاء المستوفى باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لأنه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لأنه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حاد نافي يده فتنع الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشترى حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة) فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل (ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع) (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب) القطع والقتل وهو سرقة الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وضار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فإنه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجماع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فبقي المالية فيصح البيع ونحوه فأما اذا قتل فقد تم

فرده وصار كما اذا غصب عبد افقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فانتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب

والجواب عن مسألة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتصر من العبد (١٨٠) المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري

وعن قوله - ما سبب القتل لا ينافي المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة وأما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كماله من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند أبي حنيفة لا يرد له الا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة أرباع الثمن لان اليد نصف الا دعى وتلفت بالجنايتين

وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه وعند لا يرد له دون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع بثلاثة الأرباع لان اليد من الا دعى نصفه وقد تلفت بالجنايتين حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرناه (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيخان رحمهما الله تعالى وان لم يذكرا الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدلوا بما ذكر في الجامع الصغير في الامه المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالب الباطل السلامه فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو تطهير موت الزاني من الجلب بخلاف مسألة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يرد كما أخذها ولم يوجد فصار كما لو هلك في يد الغاصب وهنا الجلب لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف به بذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونفوض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محبوبة فلم يرد لها حتى ماتت عنده بالحمل لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمل التي كانت عند البائع وثانها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فبات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لابلان وثانها ما اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع فخلد في يد المشتري فبات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فبات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع أجيب بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمل بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلا شأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فتنتقض ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكّن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاذ أو ضعف الجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاه حداثتها وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقتين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرد له بلارضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقوله - ما و لكن ان رضى البائع كذلك رده ويرجع بثلاثة أرباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ويرجع بربع الثمن (لان اليد في الا دعى نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقة بين الكائنتين عندهما فبما توزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقي ان رده بأن رضى به البائع وذلك ثلاثة أرباع الثمن وربعه ان أمسكه بأن لم يرض البائع لان نصف النصف لم يشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع

وفي احدهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليه ما بنصفين والنصف الاخر يرجع فيه على البائع فبرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك يرجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك اوجب بان هذا على قول أبي حنيفة نظر الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل الا تذكر ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الا ان فيهما ما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب وما ينزل من منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكنى شبهة ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لمنتقض القبض من الاصل لما مر آنفا قال ولوداواته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جاع بائع كالحاكم جمع حائك بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كفاي الاستحقاق لانه بمنزلة وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كفاي العيب لانه بمنزلة وهذا لان المشتري الاخير لم يصرح باسحابه لم يبعه (١٨١) ولا كذلك الاخرى فان البيع يمنع الرجوع

لنقصان العيب لما تقدم (قوله وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهم لان) هذا مجرى مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضاه ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احتراز عما روى عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فليشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجاهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل

وفي احدهما الرجوع فيمتنع ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير يرجع الباعة بعضهم على بعض عنده كفاي الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبهم لان العلم بالعيب رضاه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

معيبا لامع ان يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل بتوزيع النقصان عليهم ما كفاي الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولو تداولته الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده (ثم قطع عند الاخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كفاي الاستحقاق عند أبي حنيفة) لانه اجراء مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين ان يردده ويرجع بالكل أو يسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلا لانه لم يبعه لم يصرح بالبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري للعيب حبس للبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعليه روايتان في رواية كقولهم ما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبع الشمس الاثمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقة أو باحدا قدمه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجهه والعيب من وجهه فليشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين ونظيره بعضهم بان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أجرى مجرى الاستحقاق

هذا كاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الأئمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه في أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لاننا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل

(قوله والنصف الاخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ما تقدم بورقة تخميننا وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجدد حكم العيب والاستحقاق سمين (قوله لمنتقض القبض من الاصل لما مر آنفا) أقول يعني ما تقدم بصحيفة تخميننا وهو قوله فيمنتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله (قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله فخر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحا) أقول لا يخفى عليك ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلا ماساس لجوابه الاول فليتنامل

وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا أنه بمنزلة العيب وأنه عيب من وجهه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجرى مجراه قال (ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب) البيوع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها وأول علمه البائع أول علمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار إليه أو لا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أبو حنيفة رأيت لو باع جارية في المأوى منها عيب أ كان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع (١٨٢) منها رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص

(قال ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرد به عيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول إن في الإبراء معنى التملك حتى يرتد بالرد وتلك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة

لا يخرج عنه كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العبد ببيع فدان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره وبإبراء البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضا خلافاً لمحمد في الحادث وأجمعوا أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة والشافعي قول كقولنا وقول أنه لا يبرأ من عيب أصلا وثالثها وهو الأصح أنه يبرأ ويرى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روى أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيدا به عيبا فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لا نأمر أن تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فردده عليه والفرق أن كتمان المعلوم تلبس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب متافذ كالمصنف خلافاً لمطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال (هو يقول في الإبراء معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مديونه فرد المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الإبراء لما فيه من معنى التملك (وتلك المجهول لا يصح) ولا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لأنه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو ولأنه شرط على خلاف مقتضى العقد لأن مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملاك ولنا أن الإبراء إسقاط حتى يتم بلاقبول كالطلاق والعناق بأن طلق نسوته أو أعتق عبده ولم يدركهم هم ولا أعتابهم كأن ورث عبدا في غير بلد أو وزوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تملك الأعيان بلفظ الإبراء ويصح الإبراء بلفظ الإسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والإسقاط لا يبطله جهالة الساقط لأن جهالته (لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك) فظهرنا أثره في صحة

أ كان يلزمه أن يرى المشتري ذلك وما زال حتى أخفاه وضحك الخليفة مما صنع به الشافعي يقول إذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخره البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا تصح لأن في الإبراء معنى التملك ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد الإبراء لم يصح الإبراء وتلك المجهول لا يصح ولنا أن الإبراء إسقاط لا تملك لأنه لا يصح تملك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني ولا أنه يتم بلاقبول والتملك لا يتم بدونه والإسقاط لا تفضي إلى المنازعة لأن الجهالة إنما أبطلت التملكات لقوت التسليم

الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم وقوله (وإن كان في ضمنه التملك) إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقرر به أن ذلك لما فيه من معنى

(قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خير بان منع السند مما لا يجوز أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وجوابه أن المنع متوجه إلى ما جعله المأمرض مبنى لمنعه لا إلى سنده وبينهما فرق بقي الكلام في صحة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل ثم أقول بقي ههنا شيء آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينزع فيه لظهور صدق تعريفه عليه وأيضاً إعادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاصة العيب ولم يقل المأمرض إن حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى (قوله رأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا كثرة شناعة إذ لا يلزم رؤية البائع والمحكى أنه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يرى ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم) أقول بأن زوج أولياءه في صغره نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

بجهالة لا تفوت التسليم كما
إذا باع قفيزا من صبرة فلان
لا يبطل الاسقاط الذي فيه
معنى التعليك والمسقط
متلاش لا يحتاج الى التسليم
أولى ووجه قول محمد أن
البراءة تتناول الثابت حال
البراءة لأن ما يحبس مجهول
لا يعلم أي حدث أم لا وأي
مقدار يحدث والثابت
ليس كذلك فلا يتناوله
وأبو يوسف يقول الغرض
من الإبراء الزام العقد
باسقاط حق المشتري عن
صفة السلامة ليقدر على
التسليم الواجب بالعقد
وذلك بالبراءة عن الوجود
والحدث فإن قيل لو نص
بالحدث فقال يفتى بشرط
البراءة عن كل عيب أو
ما يحدث فالبيع فاسد
بالاجماع والحكم الذي يفسد
تنصيبه كيف يدخل في
مطلق البراءة قلنا لا نسلم
الاجماع فإنه ذكر في الذخيرة
أنه يصح عند أبي يوسف خلافا
لمحمد سلمناه ولكن الفرق لأن
ظاهر لفظه ههنا يتناول
العيوب الموجودة ثم يدخل
فيها ما يحدث قبل القبض
تبعاً وقد يدخل في التصرف
تبعاً ما لا يجب وزان يكون
مقصوداً والجواب عن قوله
أن ما يحدث مجهول أن
مثله من الجهالة غير مانع
في الاسقاط كما تقدم (قوله
ويدخل في هذه البراءة)
اختراز عما قاله يفتى هذا

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحدث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رجحهما الله
لا يدخل في هذه البراءة وهو قول زفر رجحه الله لأن البراءة تتناول الثابت ولا يبي يوسف أن الغرض الزام
العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الوجود والحدث

ردوه عدم تعليقه بالشروط فانتفى المانع ووجه المقتضى وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه
بخلاف التعليك فإن جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فإن
الاسقاط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم فظهر أن المبطل التعليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على
التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت
وأما عدم الصحة في قوله أبرأت أحد كما في جهالة من له الحق كما لم يصح قوله لرجل على ألف وصرح لفلان على
شيء ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه ووجه المختار
أن الطلاق بعد وقوعه لاجهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى ولذا لو انقاع على إبطاله
لم يبطل ويدل على ما قلناه حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني
خزيمة وذلك أنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود
فدفع صلى الله عليه وسلم إلى علي مالا فوداهم حتى مبلغة السكاب وبقي في يده مال فقال هذا لكم
عما لا تعلمون ولا يعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو
دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلاً اختصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في
موارث درست فقال صلى الله عليه وسلم استمأوتوا خيال الحق واجعل كل واحد منكم كما صاحبه وفيه
اجماع على السلمين لأن من حضره الموت في كافة الأعصار استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى
الفتقهي ما ذكرنا والغرور والله أعلم لم يهمل خلاف الثابت ومنه ولد المغرور للغرور بجرية امرأة
ليزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهى على إيهام العيوب وبقائه في يده ما لم يفره
وقوله شرط ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة
مقتضاه أن اردت العقد المطلق سلمناه أو المقيد بشرط البراءة من العيوب أن كانت منعناه والالزام أن
لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة أن ظهرت وجوازها اتفاقاً وقوله (ويدخل في هذه البراءة)
يعني البراءة المذكورة في الكتاب فإن الإشارة إليها هي البراءة من كل عيب واحتراز بالإشارة المذكورة عن
البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف)
ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل في هذه البراءة وهو قول زفر) والحسن
ابن زياد والشافعي ومالك ورأيت عن أبي يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتصرف إلى الوجود عند
العقد فقط (ولا يبي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا
الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع
بإحالة (وذلك بالبراءة عن كل عيب) بوجوب المشتري الرد والحدث بعد العقد كذلك فاقضى الغرض
المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع
فكيف يصح من أبي يوسف إدخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله أحجب يمنع
أنه إجماع بأن في الذخيرة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح
عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لرواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على
البراءة من كل عيب حادث ثم قال وفيه دلالة على صحة ما ذهبنا إليه من أن يقيم السبب وهو العقد مقام
العيب الموجب الرد وأن سلمنا الفرق أن الحادث يدخل تبعاً لتقريره غرضهما وكم من شيء لا يثبت
مقصوداً وبثبت تبعاً لاختلاف في عيب حادث بعد العقد أو كان عنه لا أثر لهذا عند أبي يوسف

العبد على أن يرى من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لأنه لما قال به اقتصر على الوجود

باب البيع الفاسد

وعند محمد القول قول البائع مع عيبه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فاذا ادعى باطنا لا يزيل به ظاهر الا يصح الا بجهة وعند زفر القول للمشتري لانه هو الماسقط لحقه فالقول في بيان ما سقط قوله ﴿فروع﴾ جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرر بامن العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجرة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجرة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بأيهم ما شاء ولا يخفى أن هذا اذا لم يعين الشجرة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجرة به أو عيب ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرقة والابق والفجور وكذا روى عن أبي يوسف ولو أبرأه من كل دافع من أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك وفي جمع التفريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد ولو قبل في الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الجراء والخضراء ومن كل فرح تدخل القروح الدامية وفي المحيط أبرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال أنا بريء من كل عيب الا باقسه برئ من اباقه ولو قال الا باق فله الرد بالابق ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيب ارده ولو عين فقال ليس باقني صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلمها على أن يدفع أو يحط دينار اجاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقطة أو الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلمها على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبي بما وراء المخطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو مخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلمها على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهمها والبائع درهمها جاز وكذا الوصلطلمها على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهمها ويترك المشتري درهمها فيل هذا غلط ونأويله أن يضمن القصار أولا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع وفي المجتبى أدخل المشتري القدوم في النار أو حدة المنشار أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة أو غيرها وفي المصرة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورأيه عن أبي يوسف والمصرة شاة ونحوها سدد ضررها يجتمع لهن بالظن المشتري انما كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسنا لغرور المشتري بالنصرية ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعنده أبي يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجد بها معيبة ردها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يرد اذا العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع

العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائر ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع مال ليس بعمال الخمر والمدير والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالأبق وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين أي موقوف على اجازة المولى والاب أو الوصى وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في من اربعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة أو رد الرهن لوفاء أو ابراء لزمه أن يسلمه للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلا حتى لو تفاسخا لا ينفذ وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمدان أقر الغاصب أو جحد والمغصوب منه ينه تم البيع وبيع مال الغير وانتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكره انه اذا رجع الرهن والمستأجر الى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا اذا أجاز المستأجر والمرتهن فان لم يجزها وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه وللمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند أبي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقبل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي يوسف وبيع للمستأجر حق فسخ البيع بخلاف وفي المرتن خلاف المشايخ وبيع للراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لانه أخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعنى سواء كان البذر منه أو لا فان أجاز فلا أجر عمله وفي النوازل فلو أجاز المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها ثمرت العقود وليست دفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم انه وان أفاد المالك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم يقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضى أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول انه يباينه فانهم قالوا إن حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيد له أصلا فقايلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضا فانه مأخوذ في مفهومه أو لازم له انه مشروع بأصله لا بوصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فان المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاصغر المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا يوجه بعضهم الاعمية بأنه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخل بعضهم أيضا في البيع الفاسد يشمله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل ثبت بأسباب من الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفساد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفساد هو ما لا يصح وصفه او كل ما أورث خلافا في ركن المبيع فهو مبطل وما أورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغته وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحرب باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد من له دين سماوى وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالجروحة بالمذبوحة في غير المذبح فان ذلك عندهم (١٨٦) بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جازد كره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف

الميتة حتف أنفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومته في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة وهي مبادلة المال بالمال فانه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع أبطل تقومها في حق المسلمين لئلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكبل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يحتج الى تأويل لكنه خلاف الظاهر

(قوله ولقب الباب بالفساد الخ) أقول ولعل الأولى أن يقال في وجه التلقيب أراد

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر) قال رضى الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالخمر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في السلم أو مع الملك اكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم أو التسلم الا بضرر يحد من سقف ومنها الغرر كضرر بقا ناقص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان في صفقة كبيع كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كجبل الحبله تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضررا لا يمكن شرعا الا ببيعها الذي قطعها حية عجز عن التسليم لانها تصير ميتة بطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتباع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقير حنطة أو شعير مستدرلة لدخوله في جهالة الثمن (قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان) أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا اللفظ الدورى وقد ذكرنا آنفا ان لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لان أحد العوضين بصدق على كل من المبيع والثمن إما حقيقة أو تغليباً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرما لا يصح فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أى في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلا) يعنى ايسر كلها فاسد فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف في عرف فقهاءنا التباين بين الباطل والفساد فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لافساد باجماع علماء الامصار (وكذا بالخمر) بأن يجعل الميتة والخمر ثوبا مثل لا وذلك لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد يعنى عن له دين سماوى فلذا كان البيع بالخمر باطلا وان كان ما لا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) ففساد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه أى كلام من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما يصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لأهل الذمة لحملها عندهم وهذا من المصنف بقيد انتفاء المالية عنها بالسكينة في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وبما ليس مالا في دين سماوى باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك فلما فيه نظر نذكر ان شاء الله تعالى ثم

قال

أقول ضمير به

راجع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذي مات حتف أنفه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التي هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخمر والخنزير يقتضى بطله عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه انه ليس محرما عندهم تأمل فان فيه مالا يخفى (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خبير بأن قيد المتقوم مما لا حاجة اليه في اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بلا خلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

وقوله (والباطل لا يفيد ملك

التصرف) كأنه إشارة إلى
الفرق بين الباطل والفاقد
والباطل لا يفيد ملك
التصرف وما لا يفيد ملك
التصرف لا يفيد ملك
الرقبة فالباطل لا يفيد ملك
الرقبة (ولو هلك المبيع في يد
المشتري في الباطل يكون
أمانة عند بعض المشايخ)
أي أجد الطواويس وهو
رواية الحسن عن أبي حنيفة
نص على ذلك في السب
الكبير نقله أبو المعين في
شرح الجامع الكبير (لأن
العقد باطل والباطل
(غير معتبر) والقبض باذن
المالك فيكون أمانة) وعند
بعض آخر (شمس الأئمة
السرخسي وهو رواية ابن
سماعة عن محمد بن (يكون
مضمونا لأنه لا يكون أدنى
حالا من المقبوض على
سوم الشراء) لوجود صورة
العلة ههنا دون المقبوض
على سوم الشراء وفيه القيمة
فكذلك ههنا والمقبوض
على سوم الشراء هو أن
يسمى الثمن فيقول اذهب
بهذا فان رضيته اشترته
بعشرة أما إذا لم يسم الثمن
فذهب به فهلك عند
لا يضمن نص عليه الفقيه
أبو الليث في العيون قيل
وعليه الفتوى وقال محمد
ابن مسلمة البلخي (الاول
قول أبي حنيفة والثاني
قولهما كافي بيع أم الولد
والمدبر على ما بينه ان شاء الله تعالى

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر بقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كافي بيع أم الولد والمدبر على ما بينه ان شاء الله تعالى

قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعني إذا جعل مبيعا (فإن كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان بعين) بيع المقايضة (ففاقد والفرق أن الخمر مال) في الجملة في شرع ثم أمر بها انتهى في شرع نسخ الأول وفي غلته بالعقد مقصودا أعزازه حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله غنا وإذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل إذا جعل الميتة والخمر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المقايضة بطريق أولى لأن كلاهما مبيع لكن لما كان كل منهما غنا أيضا كان كلاهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثنية والمبيعة في كل منهما فاعتبر الخمر غنا والثوب مبيع والعكس وإن كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعتزاز بالثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لأعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الأشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فكل غنه ورجل استأجر أجرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى بي أعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر إلى أن قال وبائعها وفي الصحيح لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوا هافا عو هافا كواثنها وحديث أن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم غنه وأما الإجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حنف أنفها أما المتخلفة والموقوفة فهي وإن كانت في حكم الميتة شرعا فإنا نحكم بجوازها إذا وقعت بينهم لانهم مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد أن أحكامهم كحكامنا شرعا إلا ما استثنى بعد الأمان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الأصل وانفق الرواة عن أبي حنيفة أن بيع الأشربة المحرمة تجوز لا الخمر ومنع جواز كل ما حرم شرعه وثبت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المتخلفة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وإن كانت ميتة عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر (الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويس وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر بقي) مجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) شمس الأئمة السرخسي وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما ك) الخلاف السكائر بينهم في (أم الولد والمدبر) إذا بيعا فاعتاد المشتري لا يضمنهما عند أبي حنيفة ويضمنهما عندهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ بل يشتري مع تسمية الثمن بلا إتمام بيع كان يقول اذهب به هذا فان رضيته اشترته بعشرة فإذا هلك ضمن قيمته فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى ولن ينصر المروى عنه من عدم الضمان إن الضمان في المقبوض على سوم الشراء أن قلت أنه عند صحة كون المسمى غنا كالدرهم على ما ذكرنا من قوله إن رضيته اشترته بعشرة سلمناه وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وإن قلت عند التسمية مطلقا منعاه فيجب تفصيله وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلا لا يضمن وإن كان لعدم المبيع كالمواضع على أنه

والمدبر على ما بينه ان شاء الله تعالى

والفساد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي إذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات وأما إذا قبضه بعد الاقتراق عن المجلس
 بغير اذن البائع ذكر في المأذون أنه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئاً يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما إذا كان
 شيئاً يملكه فقط القبض الثمن منه يكون اذناً بالقبض فان قيل لو أفاد ذلك الملك لجاز للشترى وطء جارية اشتراها شراء فاسداً وجاز أخذ الشفعة
 للشفعة في الدار المشتراة بشراء فاسداً ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لأن الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب ان ما لم يحل وطؤها
 وأكله لم تثبت الشفعة فيه ذكرنا في الاشتغال بالوطء والاكل اعراضاً عن الرد في القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيد كيدته فلا
 يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للشترى في المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط
 البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين ملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى
 ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما إذا اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها داراً أخرى فلامشترى أن يأخذها
 بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب أو الوصي عبداً بيمين بيعاً فاسداً
 وقبضه المشتري ثم أعنته جازعته ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم به هذه
 الاحكام انه يملك العين وأجابوا (١٨٨) عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح وإذا كان مفيداً

والفساد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه وفيه خلاف
 الشافعي رحمه الله وسنبينه بعده هذا وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لانها ليست أموالاً فلا تكون
 محللاً للبيع وأما بيع الخمر والخنزير ان كان قبيل بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قبيل
 بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال
 وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة الا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بآهائه وترك اعزازه وفي تملكه
 بالعقد مقصود اعزازه وهذا لا يمتنع في اشتراهما بالدرهم فالدرهم غير مقصود لكونها وسيلة لما انما
 تجب في الذمة وانما المقصود الخمر ففسد العقد بالتقادم أصلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لان المشتري
 للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في
 حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر
 شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

للملك عند اتصال القبض به
 كان المبيع مضموناً في يد
 المشتري فيه أي في البيع
 الفاسد وفيه خلاف
 الشافعي وسنبينه بعده هذا
 في أول الفصل الذي يلي
 هذا الباب (قوله وكذا
 بيع الميتة) يعني كان
 البيع بهذه الاشياء باطل
 فكذا بيع هذه الاشياء
 لانها ليست أموالاً فلا
 تكون محللاً للبيع وأما
 بيع الخمر والخنزير فلا
 يحل ما ان يكون بالدين
 كالدرهم والدنانير أو
 بالعين فان كان الاول
 فالبيع باطل لا يفيد ملك

ياقوت فاذا هوز جاج بثن صحيح دراهم منه لا قبضه يصير مضموناً (والفساد يفيد الملك عند اتصال
 القبض به) اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فملكه ويصير مضموناً عليه بالمثل ان كان
 مثلياً والقيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد هل يملكه سيأتي
 تمام هذه المسائل في أحكام البيع الناسد وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين ووجه لزوم
 القيمة وما عليه من الاشكال وقوله (وفيه) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الناسد (خلاف
 الشافعي) وكذا مال وأحد باعتبار أن الفساد هو عندهم الباطل وسينينه المصنف في فصل أحكام

الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر
 ويفيد ملك ما يقابلها من البديل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة الا أنه غير متقوم أي غير
 معزز يقابله قيمة لان الشرع أمر بآهائه وترك اعزازه وما أمر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوماً وفي تملكه بالعقد
 مقصود أي يجعله مبيعاً اعزازه وهو خلاف المأمور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لا يمتنع في اشتراها بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصود
 لكونها وسيلة لما انما تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به ففسد العقد بالتقادم أصلاً لا يفضي الى خلاف
 المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لان المشتري للثوب بالخمر يجعله مبيعاً انما يقصد تملك الثوب بوسيلة
 الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسه باطل غيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلاً وفسدت
 التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً وان وقع الخمر مبيعاً والثوب ثمناً بدخول البائع لكونه
 مقايضة وفيها كل من العوضين يكون غناؤه غناؤه كما كان في الخمر جهة الثمنية رجع جانب الفساد على جانب البطالة لان حصول التصرف
 عن البطالة بقدر الامكان

(قوله فالجواب انما يحل وطؤها) أقول وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد منع قوم حل تناول الطعام المشتري شراء فاسداً وعدم
 حل وطء الجارية المشتراة كذلك (قوله الا أنه غير متقوم) أي غير معزوز أقول عز لازم فالظاهر أن يقول غير معزوز

قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) أي باطل وانما فسر بذلك لثلاثتهم انه بقيه الملك بانصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل علم الابطال وثبوت الملك بطلها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فينتفي الآخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المناقاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدير في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم لان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فتنفى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت (١٨٩) ينافيها فعدت الضرورة الى القول

بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق السيد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب اقدرنه على فسخها بتجيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحيتن بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلبة البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء

قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في المدير في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والظاهر الجواز والمراد المدير المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق

البيع الفاسد أي يمين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) هذا اللفظ القدوري قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في أم الولد (اعتقها ولدها) وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وبتحصيل التدبير شرعا وتصحيحه بوجوب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانتهاء اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعد ذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال (والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للشترى (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبيعن في دين وحدثنا عتقها ولدها تنفذ في باب الاستيلاد واذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد منه بالاجماع (ولورضى المكاتب ففيه روايتان والظاهر جواز بيعه) وتنسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه (والمراد) بالمدير (المدير المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بأن بيع المدير وأخويه باطل فانه يجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر باطل بيع القن اذا جاع مع مدير أو أم ولد أو مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشترتهم ما حصنه من الثمن المسمى وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فكانوا مثله فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما ملك القن المضموم

باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقةها والفرق بينهما ما بين ولهذا جاز بيع أم الولد والمدير والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم في القن بحصنه من الثمن والبيع بالحصنة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لما دخل لعدم المحلبة لزم البيع بالحصنة ابتداء وانه باطل على ما يجيء قال (ولورضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والظاهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه رضاه انسخت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدير هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي

قال المصنف (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزبلي أي في حق نفسه لا فيما يقابله انتهى فان ما يقابله يملك بالقبض الا أنه سيجيء في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكره موقوف (قوله لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم أن ينازع فيه

وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لما ليتها والفرق لأبي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمنان بعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان أشبهه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما ينبت به إذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أي كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قبل لو كان الدخول تحت البيع وتلك ما يضمن اليه موجبا للضمان كان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يدين نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتلك المضموم

(١٩٠)

قال (وان ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يدين نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به

اليهم فلدخولهم في البيع اصل احببتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا الوقي قاض بجواز بيعه نفذ وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب عما يوجهونه انه يبيع فاسدا ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك الفن المضموم اليه وهذا تخصيص للبطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالبطل فلنا نحن لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في الع- قد بوجه يلزم تخصيصه ويتحدد اللازم على تقدير تأويله بالفاسد بالبطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في الع- قد كالمدر وبعبارة لا يدخل كالحرف وأصل السؤال فاسدا لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحرف لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحرف في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه قيمتهما للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر وأم الولد باتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتهما اذا لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحرة اذا غصب ومعناه انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه أما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه (لهما) في ضمان المدبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليهما مما يصح تملكه وتملكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يدين نفسه) لانه حريدا فلا يضمن بقبضه على إحدى الروايتين أعني التي تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجهل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعمل اذا صلح له وهو صالح بل انصابه ليس الاعليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا بفرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشترى بعد القبض ان وافقه فلو صح لزمن ان لا يضمن لانهم لم يقبضوا ليشترى با بعد القبض أن وافق قبل قبضا بعد الموافقة وانما البيع بزمعهما فالمدكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض أعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع

كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لما ليتها والفرق لأبي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمنان بعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان أشبهه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما ينبت به إذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أي كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قبل لو كان الدخول تحت البيع وتلك ما يضمن اليه موجبا للضمان كان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يدين نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتلك المضموم

فالمقبوض

قال المصنف (وقال لا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عنه) أقول قوله وهو أي تضمين قيمة المدبر دون أم الولد في كلامه

تساهل وسجي في باب كناية العبد المشتري من الاكل وغيره ان في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة

ولاي خيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الخافا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما أي ام الولد والمدير لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بمافصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون (١٩١) عائدة الى غيره كنبوت حكم البيع فيما

ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فباخذ المشتري عبد البايع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان بصطاده) بيع السمك قبل الاصطياد يبيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكاف واختيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز لا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير

وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك اثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما اثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل ان بصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيه اولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز لا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

فالمقبوض بجهة البيع بصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل ملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور هناع اعتبار جهته فبقى مجرد قبض باذن المالك فلو أوجبناها كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدير عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان مجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخوله ما في البيع ليس الا لاثبت حكمه فيما ضم اليه ما فاقطع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهماله صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدير فاعلم ان قيمة أم الولد ثلث قيمته اقله وقيمة المدير ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتي وتقدم ذلك في العتاق (قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء) يبيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما ان يكون أعدها لذلك أولا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد ان يأخذها ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بعه لعدم الملك الا أن يسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بعه والا لا يجوز ولولم يعد هذا ذلك ولكنه أخذه ثم أرسله في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الاجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلامة بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لا تباعوا السمك في الماء فانه غرر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجرة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر والخطر وغير المملوك على خطر نبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر (فروع) من مسائل التهيئة حفر حفرة فوق وقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق به صيده ملكه ولو كان نصبها ليحفظها

مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها أما مجرد الاجتماع في ملكه فلا كالمواضع الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاراز لا يشكل بما اذا غسل التحل في أرضه فانه يملك بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيئه له موضعا لان العسل انذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فانه ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجي كالجمام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر وقد كثر في فتاوى قاضيان (١٩٣) وإن باع طير له بطير في الهواء أن كان داخليا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز

بيعه والافلا (ولا يجوز بيع الحمل) أي الجنين (ولا نتاج الحمل) وهو جيل الحمل وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحمل وحمل الحمل والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحمل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبل فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت عليه التاء اشعارا لمعنى الاثنية فيه قبل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غررا وهو ما طوى عنك عليه قال المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا اللبن في الضرع للغرر الخ) وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز أن يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهى عنه وللتزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزاد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا الأرسلة من يده لأنه غير مقدور التسليم قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحمل وحمل الحمل ولأن فيه غررا ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولأنه يزارع في كيفية الحلب ويرى ما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم

من يبل فتعلق به لا يملكه وهو من يأخذه إلا أن يأتي فيحوزه ومثله إذا هيا جمره لوقوع التنازع فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في جمره ولو لم يكن هيا له ذلك فلا واحد أن يسبق في أخذه مالم يكف جمره عليه وكذا من هيا مكانا للسرقة فيه ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقة هو لمن يسبق سواء هيا المكان له أولا أما النحل إذا عسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيد بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك إلا بعد ادراك المكان لذلك (قوله ولا بيع الطير في الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك) وبعد أخذه وأرسله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند من يبيع ويخ ويخ على قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير غنما لأن العين المجمولة تنسأ مبيع في حق صاحبه وذكر الترمذاني لو باع طيرا يذهب ويجي كالجمام فالظاهر أنه لا يجوز وفي فتاوى قاضيان وإن باع طير له بطير إن كان داخليا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه والافلا وقول المصنف فيما يأتي والجمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم بواقفه (قوله ولا الحمل) بسكون الميم مافي البطن من الجنين (ولا النتاج) لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع جبل الحبله وكان يباع ببتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطأ أن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيج وحبل الحبله وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبله فغير معروف والملاقيج مافي الارحام جمع ملقوح والمضامين مافي الاصلا بوقيل بالعكس جمع مضمون لتحت الناقة وولدها ملقوح به الا أنهم استعملوه بلا ياء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا اللبن) يجوز بالجر عطف على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على أقامته مقام المضاف (للغرر فاعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأحمد وأجازهم مالك أي أمانة معلومة إذا عرف قدر حلالها ويكون تسليمه بالتخليص كبيع التمر على رأس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يبتازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب الاقطعه فبطل قول مالك لذلك وجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يحجز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان) لأنه يقوم به أولا لأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولأنه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم

عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف خلاف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فإن قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها

(قوله لأن استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الإبطال) أقول وللخصم فيه أن يزارع فيه قوله قوله لأن استحقاقه الخ تنظر هذه القولة لأننا لم نعر عليها اه صححه

أجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خطافي أعلاها وتركها بأما يبق الخط أسفل مما في رأسها لأن والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه أما الصوف فان غومه من أسفله (١٩٣) فان خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك

حتى غابا لمخضوب يبق على رأسه لا في أصله فان قيل القصصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بأن القصصيل وان أمكن وقوع النزاع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القطع فيقطع وأما القطع في الصوف فتعين اذ لم يعهد فيه القلع أي التفت فبعد ذلك يقع النزاع في موضع القطع وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم (وجذع في سقف أو ذراعاً من ثوب يعني ثوبا يضره التبعض كالقبض لا الكرياس فالبيع لا يجوز ذكراً القطع أولاً لأنه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجب العقد ومثله لا يكون لازماً فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرياس فان بيعه جائز لانتهاء العلة

لأنها تزيد من أعلى وبخلاف القصصيل لأنه يمكن قلعها والقطع في الصوف متعين فيقع النزاع في موضع القطع وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوزه بيعه فيما يروى عنه قال (وجذع في سقف وذراعاً من ثوب ذكراً القطع أولم يذكراً) لأنه لا يمكن التسليم الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعضه

الخلافاً (لأنها تزيد من أعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع في مكان من القائمة علامة فان بعد ذلك نصير أسفل ويرتفع عنهارأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز لأنه وان كان يتم من أعلاه فوضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقاً عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الأرض ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصصيل) لأنه يقطع فلا تنزع بجاز بيعه قائماً في الأرض قال المصنف (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى إلى آخره) وذلك ان الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكروا ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فأنه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروى مرة موقوفاً على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس أنه كان ينهى عن بيع اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك أن كل ما يبيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو لبنها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الخنطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك من الأشياء التي في غلافها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في ترابهم ما بخلاف جنسهما والله الموفق (قوله وجذع من سقف) بالجرأى لا يجوز بيع جذع من سقف (وذراعاً من ثوب) أي ثوب يضره القطع كالعمامة والقبض أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حائط أو ذراع من كرياس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكرياس أو محمول على كرياس يتعيب به أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلبة من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا يبيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك وأورد عليه أنه ضرر لزم البائع بالتزامه أوجب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يفتني ما فيه وقول نخر الاسلام ان رضى فله أن يرجع فيبطل البيع

(قوله فيتمكن من الرجوع

(٣٥ - فتح القدير خامس) وتحقق المنازعة) أقول فيه بحث فانه اذا كان متمكناً من الرجوع شرعاً لا يعتبر بمنزلة من لا وجه لها ولاولى عندى أن يقال بدله ولا يكون لازماً ما يبيع اذ لم يكن مشروطاً فيه الخيار يكون لازماً ما يبيع فليأمل

(ولم يكن الجذع معينا لا يجوز لزوم الضرر والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحبا لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البزري البطيخ لم يصح وأن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا) أي هو نوى مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الخنطة في سنبلها وأمثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز أجيب بأن جوازه باعتبار صحة (١٩٤) انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الخنطة اذا بيعت في سنبلها

انما يقال بعث هذه الخنطة فالمد كورصر يحاهو المعقود عليه فصح العقد لا لاعتدال التصحيح لفظه وأما بز البطح ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزري والنوى والحب لا ينطلق عليه اذا يقال هذا بز ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ ونوى وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجودة) اشارة الى اتسام الفرق بين البزري والنوى والجذع المعين في السقف بأن الجذع معين موجودا والفرق فيه والبزري والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عيناً موجوداً كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها وأكارعها أجيب بأن المبيع

ولم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحبا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ بحيث لا يكون صحبا وان شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجودة قال (وضربة القانص) وهو الآن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحبا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع الملتزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما إيراد المحاباة فدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال نعم يرد بيع الحباب التي لا تخرج الا بقطع الابواب على قول من أجاز والبعض قدمه وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب وهذا يفيد أن المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعقول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن أفاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء واليهما ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحباب التي يحتاج في تسليمها الى هدم أكتاف الابواب على من يبيع بيعها (قوله ولم يكن معينا) يعني الجذع والذراع (لا يجوز لما ذكرنا) من لزوم الضرر (والجهالة) ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتعيب ويختلف بخلاف درهم من قطعة نفرة (ولو قطع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحبا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البزري البطيخ) وكسرها وسلم البزري والنوى قبل الفسخ (لا يعود صحبا) لان الفساد للغير (اذ في وجودهما احتمال) فكان كبيع بلامبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمل البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذه معنى قولهم انقلب صحبا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم لينزل المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من إيراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من إيراد العقد الصحيح وإيجاده ليس هو وجود البيع الصحيح وفوقه بعد عدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا يتقلب جائزاً مع أنه تحمل الضرر بالذبح أجيب بأن المنع هناك لعله أخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلاً بمتضمنه خلفه والنص بمنعه وهو النهي عن بيع الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قيل يتناول بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منها قلنا وكذا الجذع في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول

بعثك

وان كان موجوداً فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقه فكان تابعاً له

فيكون العجز عن التسليم هناك معنى أصلياً لانه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعرض فعل العباد والعجز عن التسليم حكماً لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلعت والتزم الضرر زال المانع فيجوز وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاه ومنه نهى عن ضربة وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللائ وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فأخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول وإن فيه غررا لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوصة شيئا قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجرو الرفع فيما تقدم جاز والمزابنة وهو بيع الثمر بالناء المثلثة على النخل بتمر بالناء المثلثة مجذوزة مثل كيل ماعلى النخل من الثمر حرا وظنا لا حقيقيا لأنه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ماعلى الرأس ثم اخرجوا مجذوزا كالذي يقابله من المجذوز لا يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبليها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكبلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لأن فيه شبهة الربا بالمحققة بالحقيقة في التحريم كمالو كأنما موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدلل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها ثم اقربا

(١٩٥)

دون خمسة أوسق وأنت

الضمير في قوله بخرصها على

أنه جمع الثمرة قلنا بالقول

بالموجب وهو أن يقول

سلمنا أن رسول الله صلى الله

عليه وسلم رخص في العرايا

فإن في الأحاديث الدالة على

ذلك كثرة لا يمكن منعها

أمكن ليس حقيقة معناها

ما ذكرتم بل معناها العطية

لغة ونأويلها أن يهب

الرجل ثمرة نخلة من بستانه

لرجل ثم يشق على المعري

دخول المعري له في بستانه

كل يوم لتكون أهله في

البستان ولا يرضى من

نفسه خلف الوعد

والرجوع في الهبة فيعطيه

مكان ذلك ثمرا مجذوزا

بالخرص ليدفع ضرره عن

نفسه ولا يكون مخلفا

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا قال (وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيله خرصا) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبليها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكبلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كأنما موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رجه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها ثم اقربا فيما دون خمسة أوسق قلنا العربية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعري له ماعلى النخل من المعري بتمر مجذوز وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون بامتنع

بعثك (ما يخرج من) القاه هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والباء الغائص قال في تهذيب الأزهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللائ فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وإلجالة ما يخرج (قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوز مثل كيله خرصا) لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر بن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحلب كيلا وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملاسة والمنابدة والمزابنة وقول المصنف (بمثل كيله خرصا) الخرص الخزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كمالو كأنما موضوعين على الأرض وقال الشافعي رجه الله تجوز) المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا (فيمادون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا أن اتباع بخرصها وفي لفظ رخص في العربية أن تؤخذ بمثل خرصها ثم اقربا كالمارطبا ووافق الشافعي أحمد

لوعده وبه نقول لأن الموهوب لم يصير ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فيأبى عليه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ويسمى بيعا مجازا لأنه في الصورة عوض يعطيه للخرص عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الأول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر والثاني أنه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء إلا العرايا والأصل جل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الأول أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني أنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام المشهور بالتمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه

(قوله قال وبيع المزابنة إلى قوله من المجذوز لا يجوز) أقول قوله الرفع فيه أي وحده وقوله والجرو الرفع أي كلاهما وقوله والمزابنة مبتدأ وقوله لا تجوز خبره

قال (ولا يجوز البيع بالقاء
الحجر) سام البائع السلعة
أي عرضها وذكرونها
وسامها المشتري بمعنى
استامها بيع الملامسة
هو أن يتساوم الرجلان
في السلعة فيلمسها المشتري
بيده فيكون ذلك ابتعا
لها رضيا مالكا بذلك أولم
يرض وبيع المنابذة هو
أن يتراوض الرجلان على
السلعة فيجب مالكا الزام
المساوم له عليها أيها
فينبذها إليه فيلزمه بذلك
ولا يكون له ردها عليه
وبيع القاء الحجر هو أن
يتساوم الرجلان على السلعة
فأذا وضع الطالب لشرائها
حصاة عليها تم البيع فيها
على صاحبها ولم يكن لصاحبها
ارتجاع فيها وهذه كانت
بيوعا في الجاهلية فنهى
عنها رسول الله صلى الله
عليه وسلم وعبارة الكتاب
تشير إلى أن المنهى عنه
بيع الملامسة والمنابذة
وبيع القاء الحجر ملحق بهما
لأنه في معناه ما ولان فيه
تعلقا بالخطر والتلبكات
لا تختم له لادائه إلى معنى
القبال لأنه بمنزلة أن يقول
البائع للمشتري أي ثوب ألقبت
عليه الحجر فقد بعته وأي
ثوب لمسته بيدك فقد بعته
وأي ثوب نبذته إلى فقد
اشترته

(قوله وأي ثوب نبذته)
أقول فيه مسامحة لا تخفى

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر واللامسة والمنابذة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض
الرجلان على سلعة أي يتساومان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة
لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن
بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعلقا بالخطر

في ذلك إلا أنه لم يصحها إلا للضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا
فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون
له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار
خرجوا بأهلهم إلى حوائطهم فيجى مصاحب النخلة أو النخلتين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير
فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه رخص ماله من ذلك ثم ينصرف هو وأهله عنه
وروى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أحمدا بن أبي عمران يذكر أنه
سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل النخلة
من نخله فلا يمس ذلك إليه حتى يبدوله فرخص له أن يجبس ذلك ويعطيه مكانه بخمره ثم قال الطحاوي
وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك لان العربية انما هي العطية ألا ترى إلى الذي مدح الانصار كيف
مدحهم اذ يقول

فليست بسنة ولا رجيبة * ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي أنهم كفوا يعرفون في السنين الجوائح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كفوا محمد وحينها اذ كفوا
يعطون كما يعطون والحق أن قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه واستدل
عليه بأن العربية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العربية معناها النخلة
ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص ما دون خمسة أوسق لأنهم كفوا يعرفون هذا المقدار وما قرب منه
ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من خلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا الترخيص
وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون خلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص
أنه حين حضرته الوفاة قال زوج ابنتي من فلان فإنه كان سبق إليه مني شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث
النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المناق ثلاث إن حدث كذب وإن وعد
أخلف وإن أوتى خان وأما ما ذكر من تأويل العربية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت
لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن الرطب يأتي ولا نقدر بأيديهم يتناعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن
يتناعوا العربية بجرصها من التمر فبدأ كلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فإن هذا ليس في
الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزبلي مخرج الحديث ولم أجده
سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع
بالقاء الحجر واللامسة) إلى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره) في الصحيحين من
حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم
أما الملامسة فإن يمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية
وهذا بأن يكون مثلا في ظلمة أو يكون مطويا مبرئيا متفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه وفساده لتعلق
التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى
الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل التبذيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفون فيها في
الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقي حصاة وغمرة أو ثوب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا

(ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الآن بقول علي أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا اجارتها) والمراد به الكلا وهو ما ليس له (١٩٧) ساق من الحشيش كذا روى عن محمد

وقيل ما ليس له ساق وماله ساق فهو كلا وانما فسر المراعى بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعى وهو الارض وعلى الكلا وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضى واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلا أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلانه غير مملوك لا شترالك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركاء هم فيها ان لهم الانتفاع بصونها والاصطلاح بها والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الابار والحياض المملوكة والانهار المملوكة من الاراضى المملوكة والاحتشاش من الاراضى المملوكة ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه فان منع كان لغیره أن يقول له ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلي الى حقي أو تحتشه فتدفعه الى أو تدعني آخذه كتوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهرا وأما اذا ثبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال علي انه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا اجارتها) المراد الكلا أما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لا شترالك الناس فيه بالحديث

خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهم على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معيناً فاذا تراوضا فالقاء اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعليق التملك بالخطر فإنه في معنى اذا وقع حجرى على ثوب فقد بدعته منك أو بعثته بكذا أو اذا لمسته أو نبذته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم ثبت التزاما لأنه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع الآن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحد منهم ما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بغير وعها في خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المراعى) ثم فسرها بالكلا دفعا لتوهم أن يراد مكان الرعى فإنه جائز (ولا اجارتها) أما البيع فإنه ورد على ما لا يملكه لا شترالك الناس فيه) اشتراك اباحه لا مملك ولانه لا يحصل به للشترى فائدة فان المقصود من المالك يحصل بلا بيع اذ يملكه بدونه (الحديث) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فمكت أسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلا ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة وأسد بن أبي عدي في الكامل عن أحمد وابن معين انهما قال في حرز ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاح بها وتجهيف الشيايب يعني اذا أوقد رجل نارا فكل أن يصطلي بها أما اذا أراد أن يأخذ الحجر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلا ان له احتشاشه وان كان في أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه فاذا منع فليغيره أن يقول ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلي اليه أو تحتشه أو تستقي وتدفعه لي وصار كتوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه وإما أن يخرج به اليه أما اذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلا بقطعه جاز حقيقته لانه بذلك ملكه وظاهر أن هذا اذا ثبت بنفسه فأما لو كان سقى الارض واعد لها لآليات فثبت في الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار المصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر ثبت الكلا بآلياته جاز بيعه وكذا لو حرق حول أرضه وهبها لآليات حتى ثبت القصب صار ملكا ولا يجوز بيع كساء في أرضه قبل أن يقلعها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلا في أرضه وان ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الآن على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكليف الحفر والطى لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلا بتكليفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة له ثم الكلا ذكر الخلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وماله ساق ليس كلاً وكان الفضلي يقول هو أيضاً كلاً وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب

الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه جاز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة الكلا فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه

وأما عدم جواز الاجارة فلمعنيين أحدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقره ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المسحق بعقد الاجارة على الأجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المسحق بالاجارة كالصبغ في استنجاز الصباغ واللبن في استنجاز الطير اذ كونه آلة للحضانه والظورة ولم يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الأجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال (ولا يجوز بيع النحل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا أي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به (١٩٨) حقيقة باستيفاء ما يحدث منه ونشره لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك

وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقره ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبلغل والحمار واهـ ما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخرج حتى لو باع كواره فيها غسل بما فيها من النحل يجوز تباعه كذا ذكره الكرخي رحمه الله

ويابس وهو واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلأنها) لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المسحق كالصبغ واللبن في استنجاز الطير فملك بعقد اقامة العمل تبعا ما ابتداء فلا (وكذا لو استأجر بقره ليشرب لبنها لا يجوز) مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الأجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل في لبن الأدمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن منلفه والحيلة في ذلك أن يستأجر الارض لضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمة ثم يستبيع المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا) مقدور التسليم اذا كان محرزا (فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبلغل والحمار) يجوز بيعه ما وان لم يؤكل لا للانتفاع به ما والقدره على تسليمهما (ولابي حنيفة وأبي يوسف انهم من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزبور والحية وهذا هو أنه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الخش فانه ينتفع به في ثانی الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيبا بكم يردّها إشارة الى أن النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تباع كواره فيها غسل وهو فيها جازد كره الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن أبي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف والتبعة لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكواره بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وفي التهذيب كواره النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير

يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبلغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير رأيت ان وجد بها عيبا بكم يردّها وفيه إشارة الى أن النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قبل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والخش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال بأعيانهما وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كواره بضم الكاف وكسرها وهي

تشديد

معسل النحل اذا سوى من طين فيها غسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبعية وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الايقاع (قوله قبل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول القائل هو الانتفاع بالخيار (قوله وفيه بعد نظر وجهه الخ) أقول فيه تأمل فانه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما في مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرج جانب

قال (ولا يجوز بيع دود القز وبيضة) وهو البز الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وبيضة مما لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولما كان الضرورة في بيعه قبل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعاله كببيع النحل مع العسل وبيع بيضة مطلقا (١٩٩) لمكان الضرورة ونقل عنه أنه مع أبي

حنيفة كافي دوده وهذه العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة إنما لم يجوز بيعه بانقراضه فاما إذا كان تبعا فيجوز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا يبيع الطير في الهواء وإنما ذكرها هنا تبعالما ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لأنه وضعه ثمة كذلك قال (ولا يجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الأصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولأنه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كن باعه من رجل يزعم أنه عنده لأن المنهى عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فبقتى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد أولا إن كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وإن قبضه للرد

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) لأنه من الهوام وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاله وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولا يجوز بيع بيضة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كافي دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه (الآن يبيعه من رجل يزعم أنه عنده) لأن المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده

تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم (قوله ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام) وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاله (وأجاز بيع بز القز الذي يكون منه الدود) وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (وأجاز السلم فيه كيلا إذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمدا ناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه إذا بيع تبعا للكوارة ظاهرا أنه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معان كان وحده لا يجوز لأنه من الهوام وإن كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد أبي حنيفة في هذه وقران أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شيء من البصر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلمفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد إذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولول إلى امرأة أعطت امرأة بز القز وهو بز الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البز لأنه حدث من بزها واهما على صاحبة البز قيمة الأوارق وأجر منلها ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحدث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر منلها وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما إذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا إشكال في جواز بيعها وأما إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تنجب فكذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مالمو كالمقدور التسليم ونحوه لا ينعى كونه لا يعود أو عروضا عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجوير هلاله المبيع قبل القبض ثم إذا عرض الهلال أنفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعناد من عودها قبل القبض أنفسخ وصار كالطبي المرسل في برفانه يجوز وان جازان لا يعود (قوله ولا يجوز بيع الآبق) الآبق إذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز عقفه غير أنه إذا اعتقه

فاما أن يشهد على ذلك أولا فان كان الأول لا يصير قابضا لأنه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى

قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبيع دود القز حيث جاز الأول تبعادون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير إلى) أقول فيه تأمل (قوله والآبق الذي إلى قوله هل يصير) أقول فيه تأمل

(وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لنا كده بالزوم والملك أما الزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض البيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب (٣٠٠) ان يصير قابضاً لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد

وذكر الامام الترمذي انه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضاً كأنه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً تنظيراً الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه آتياً في حق المتعاقدين وغيره مقدور التسليم اذا البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآتي ثم عاد من الباقي هل يتم ذلك العقد أو يحتاج الى عقد جديد في ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخنا بل أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلاً فان جزء الحمل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فأنعدم الحمل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعرض بأن الاعتاق يجوز ولو فات الحمل لما جاز وأجيب بأن الاعتاق باطل الملك وهو بلا ثم التوى بالباقي بخلاف البيع فيه فإنه إثباته والتوى ينفيه وروى عن أبي حنيفة أن العقد يستم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه

وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضاً لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آتياً في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآتي ثم عاد من الباقي لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلاً لعدم المحل كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا آتياً بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

عن كفارة اشترط العلم بحياته ونجوز هبته لابنه الصغير أو ايتيم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف ومات في من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازا مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازا مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظر للصغير فإنه لو عاد عاد على ملك الصغير وله هذا جزاً بعه من ذكرانه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فإذا كان ثابتاً حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآتي عنده فباعه مني وأنا قبضه منه واعترف بذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضاً في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا البرد على مالك لا يصير قابضاً لان قبضه هذا قبض أمانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضاً لان قبضه اذ لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اياه وقد باعه من ليس عنده هل يعود البيع جائزاً إذا سلمه فعلي ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد كما اذا باع خيراً ففعل قبل التسليم أو باع طيراً في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحاً وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار من مشايخنا بل والتجلى لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآتي ولذا صح عنه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضى للبيع وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضى البيع أو تخاصما فإنه لا يعود صحيحاً اتفاقاً وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه ينشأ على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد فانك علمت ان ارتفاع الفساد في الفساد يردده صحيحاً لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع البطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوماً فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد في قيام المالية والملك والوجه عندي ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فإنه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزاً والبخيون لا يعود جائزاً فبالضرورة ان من قال بالخولز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحل كونه مالا مملوكاً مقدور التسليم ان عني محله البيع الصحيح فنعى والا فلا

بل

والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالباقي

ولهذا جاز اعتاقه وتبذيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق مقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا آتياً العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا وأما اذا رفعه المشتري الى القاضى وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فإنه يحتاج الى بيع جديد

قال (ولا يبيع ابن امرأة في قدح) فيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن يبيعه في الضرع لا يجوز كسائر ألبان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر ويباع مثله جائز كسائر الألبان وعقب بقوله طاهر احترازاً عن الخمر فإنها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعوضة وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس لا يتولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضموناً بالاتلاف كبقية أجزاء الآدمي أحجب بأننا لانسلم ان الأجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الأصل ألا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء (٢٠١) يسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت

(قوله وهو) أى الآدمي بجميع أجزائه مكرّم يجوز أن يكون دليلاً آخر وتقديره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرّم ولا مصون عن الابتذال ولا يفرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبار الجزء بالكل والجواب انه اعتبار منع وجود الفارق فلا يجوز وبانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه وأما اللبن فلا رقب فيه لان الرق يختص بحمل القوة التي هي ضد الرق يعنى العتق وهو أى المحل هو الحي ومعناه انه ماصفان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذا لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لا انتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في حال الضرورة

قال (ولا يبيع ابن امرأة في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذلك على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رقب فيه لانه يختص بحمل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره فان كان له فنافذ أو لغيره فوقوف وانفاذاً ما صحح ان كان مبيعه مقدوراً لتسليم ليس فيه شرط فاسد والافقاسد وأما حديث النهى عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها وعن بيع العبد وهو آبق ورأى ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري برفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضرب القاتص وشهر مختلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضاً وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا يبيع ابن امرأة في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أما عين القدح فليس قيداً بل سائر الأولانى سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقاً بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمداء وبعضهم أجازوا اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الآدمي مكرّم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه لا يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع المسالمة ولا مالية للانسان الا ما كان محل الرق (وهو الحي ولا حياة في اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعاً على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلهم وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أحجب بغير ضمان أجزاءه مطلقاً بل المضمون ما انتقص من الأصل حتى لو نبت السن التي فلتت لا ضمان الا ما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئاً تعلبظ الامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من يخرصوف

(٢٦ - فتح القدر خامس) والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا لبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالهيئة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جداً بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لانه مشروب طاهر ويباع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الأحرار كالكلالة لم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله وتقديره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرّم الخ) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول يعنى استقلالاً (قوله وليست بمال) أقول أى متقوم

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس (٣٠٣) العين) ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره

لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن التمس لا يطيب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال والوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجرزوز فظاهر كذا في التمرثاني وقاضيان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد أنه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعله اذا نجس لا يتبرك به وجه الظاهر أن الأدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلا مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يبي يوسف رحمه الله ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغيرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها) لان الأدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا

شاة فانه يضمن وان ثبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الأصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعته يبيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشتري والبائع في شيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس بالمنفعة أخرى كشراء الامة المجوسية بعد اشتها حرمة وطئها شرعا لكنهم يجوزون شربه للكبير هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بن سنده متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حنبل قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب ٣ يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت الاجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فاعلم ان المنع بأن الأدمي مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسبأ في باقيه (قوله ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أورد عليه انه جعل البيع هنا في ابن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الا كرام والبيع ينفقه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكرام مثلا لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلزم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا لبطل معزوز كالدرهم أو الثياب كان غاية اكرامه والأدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فإيراد العقد عليه وابداله به والخافه بالمجادات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقة فالعمول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الأصل فلا تنافي (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الأصل فلا حاجة الى بيعه) فلم ينع في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست بابتة في الخرز به بل يمكن أن يقام غيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفاز خنزير شعرا لخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا أن يقال ذلك فرد بحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرامه ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع في ماء قليل أفسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعد اهنا وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلافة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر على الامتناع عنه وينجم على ثيابهم هذا المقدار (قوله ولا يجوز بيع شعر الانسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الأدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا)

ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعّل به اذ لك فان قيل جعل المصنف رحمه الله الله بيع شعر الخنزير اعزازا فمما تقدم وجعل بيع شعر الآدمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجبا لأمرين متنافيين وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بمالم يحقره اعزّاه فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بمالم ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جوازهم ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزيلة فشعره وهو طاهر أولى ولان في تناثر الشعر ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرممة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون (٣٠٣) النساء أي في أصول شعرهن بالتكثير وفي ذواتهن بالتطويل ولا

يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه غير منتفع بها نجاستها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روى عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالشوب التجس أجيب بأنها خلقية فالحل بزيال بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الشوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم (لا تنتفعوا من الميتة) يقتضي المشروعية فمن أين الا لجوازها فالجواب انه منى عن الافعال الحسية وهو يفيد طالع التقرير نطلع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طاهرة به) لأن تأثيره في ازالة الرطوبات كاذبة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا بأس ببيع

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذواتهن قال (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواصلة والمستوصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها بانها ورضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والامنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعر النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة أيضا والنامصة هي التي تنفخ الحجاب لفرقه والنامصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتخرجه ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالشوب التجس أجيب بأن التجس منها باعتبار أصل الخلقة فالحل بزياله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الشوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الشوب بمعايقه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أولا لاحتجاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلها فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المسالية فان بيع السرقة جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغ فالحل للانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها ووصوفها وشعرها) وریشها ومنفارها وظلفها وحافرها

عظام الميتة وعصبها ووصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة (قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزيلعي انما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع بمائما ناله في التحقير والتعظيم جائزا وليس كذلك الا أن يقال لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند واعل الاولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلقها الله تعالى لمالكها فله لكونه حطا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكة فجعله مملوكا رفع له عن مرتبته ولا بعد في ايجاب الشيء الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين ألا يرى أن الشمس نبض الثوب وتسود وجهه القصار وتعقد الخ وتذيب الشمع فليتنامل (قوله فليس ذلك) أقول أي ما ذكر من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع في شيء) أقول لعل المراد أن المبيع ليس موجبا تاما له ما تنهى يرد السؤال (قوله فالجواب انه منى الخ) أقول فيه بحث

(والفيل كالحنز برنجس العين عند محمد) اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها قال لا تنفع عليه الزكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهم ما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا ببيع عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة وأما اذا كانت (٣٠٤) فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا خرسقا

أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو - لو لم يجز لأن حق التعلی ليس بعمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحلل للبيع) فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بل لانه حظ من الماء لوجوب الضمان بالانلاف فان من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ولأن له حظاً من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهدین شهد أحدهما بشراء أرض بشربها بألف والآخر بشراؤها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانها ما اختلفا في ثمن الارض لأن بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز ببيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعاً لوالها باعتبار التبعية قال المصنف (لانه حظ من الماء) أقول فان قيل سلمنا انه نصيب ولكن ليس ذلك

والفيل كالحنز برنجس العين عند محمد رحمه الله وعندهم ما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا خرسقا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو لو لم يجز) لأن حق التعلی ليس بعمال لأن المال ما يمكن احرازه والمال هو المحلل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بل لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالانلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

فان هذه الاشياء طاهرة لا تحملها الحياة فلا يحملها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والفيل كالحنز برنجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقابلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظه - واستعمال الناس له من غير تكبر ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره أدركت ناساً من سلف العلماء يتشطبون بها ويدهنون فيها لا يرون بأساً وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع الفرد وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء (قوله واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا خرسقا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو لو لم يجز) لأن المبيع حينئذ ليس الا حق التعلی (وحق التعلی ليس بعمال لأن المال عين يمكن احرازها) وأما كهاولاهو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالاً يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما وقول المصنف (والمال هو المحلل للبيع) تساهل أو تنزّل للتعليق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضاً مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد نوبته وجوز مشايخ بل كابي بكر الاسكافي ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس بترك التعامل كما جاز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالانلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهم ما لا اختلافهما في مقدار ثمن الارض لأن الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لأن بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع أرضاً بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالانلاف وهو بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البردوي وعلي رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جاع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالإزام به من رد الاختلاف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالانلاف على ما اذا كان شهده الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالانلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فأما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لأن منع حق الغير ليس سبباً للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما أنه حظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد

عليه انه يب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعاً ولا منفرداً قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه بملكه كذا في شرح شاهان الا أنه مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراعى كما سبق فليتناول وسيجي في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبة الطريق وهبته جائزة لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر عرض باب الدار العظمى وهو شاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقييد الاول لاخراج بيع رقبة من حيث انه نهر فانه ارض مما لو كانت حاز بيعها كره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه (٣٠٥) فانه جائز ايضا ذكره فاضحان وهذا

أحد محتملي المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دارين رجلين فيهما طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم بضرب صاحب الاصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع وفي رواية الزبادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتمل ما لا آخر

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة محتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً أما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما يمينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بحمل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعليل وعلى الارض مجهول للجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعليل على احدي الروايتين أن حق التعليل يتعلق بعين لا تبقى عليه انه لو كان عينا ينبغي أن لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء واجب بأنه انما يجوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم يتقدر انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخاري بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليسيراجاعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق حاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس (فرع) باع العلو قبل سقوطه جائز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله وبيع الطريق وهبته جائزة وبيع مسيل الماء وهبته باطل) قال المصنف (المسئلة محتمل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقبة الطريق والمسيل) ان يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسييل فان كان الاول) وهو بيع رقبة الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً) فان يمينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة (أما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن بين حدوده (وان كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسييل (ففي بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزبادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي للجهالة وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دارين رجلين فيهما طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لاحق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم بضرب صاحب الاصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل اصحاب حق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لا يجوز (فوجه الفرق على احدهما) أي وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسييل) على الرواية المجيزة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بحمل معلوم وهو الطريق أما التسييل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعليل) لا يجوز باتفاق الروايات ومروجه فساد

وانا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزبادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بحمل معلوم اما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الارض والاول حق التعليل وهو ليس بمال ولا متعاقبا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقوله الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية أعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تلحق الى الفرق يمينه وبين التعليل والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعليل يتعلق بعين لا تبقى

وهو البناء فأشبهه المنافع أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشاً فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق ينبنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وجه الله وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وبنعقد لوجوده ويتخير لقوات الوصف كمن اشترى عبداً على أنه خبز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا المذكورة لا تثنى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعبر في هذا دون الأصل

وهو أنه ليس حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء وفي هذا انظر فإن ذلك إذا باع حق التعلّي بعد سقوط العلو فأنما يكون نظير ما إذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وإن كان على الأرض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض غيره فهو مجهول لجهالة المحل الذي يأخذه الما بقت حاجة إلى الفرق بين حق التعلّي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وإنما احتج إلى الفرق لأنه علل المنع في حق التعلّي بأنه ليس بمال فبرد عليه أن حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين وهو أن حق المرور يتعلق برقبة الأرض وهي مال هو عين فالتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعلّي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بأن حق التعلّي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبهه المنافع بخلاف الأرض فليس بذلك لأن البيع كما يرد على ما يبنى من الأعيان كذلك يرد على ما لا يبنى وإن أشبهه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالسييل وحق المرور (قوله ومن اشترى إلى آخره) إذا اشترى هذه الجارية فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه أمثاله التي تبنى على الأصل الذي تقدم في المهرانه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات وسماها جارية فإن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المنسوبة في ذاتها فالتعريف وغيرها من ذوات لا تخص معرفة عند العقل بأشياءها تلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه أبلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فإنه عبره بقوله فلا يبيع بينهما وقيل بل هو فاسد وإن كانا من جنس واحد لأن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضاً كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلاً وإن كان قليلاً اعتبرته الإشارة فينعقد البيع لو رده على مبيع قائم لأنه ذكر فيه وصف امرغوباً فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق يفتى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لا يريد أن الأصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وإنما ذكره محمد في خلافه في المهر مستدل به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدن من النخل فاذا هو خرفن الجنس كل ذكر مع أنى من بني آدم وإن كان متحدى الجنس المنطوق وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بينهم ميز داخل فقد لحقاً بمختلفيها بخلاف الذكر والأنثى من سائر البهائم غير الآدمي فإن البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القيدوري عن زفرانه جعل الذكر والأنثى من بني آدم كالذكر والأنثى من غيرهما فحكم بجواز البيع وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منها ما فالحق بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والأنثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً فالجنسان ما يتفاوت منها فاحشاً لا نظر إلى الذاتي وهذا قول المصنف (وهو المعبر في هذا دون الأصل) يعني المعبر في أنهم ما جنسان أو جنس واحد تفاوت

وهو البناء فأشبهه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان والبيع يرد عليها فظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التي هي أموال أو حق يتعلق بها وفيه نظر لأن السكنى من الأدار مثلاً حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام) أعلم أن الذكر والأنثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنساً واحد الفلته فالغلام والجارية جنسان لأن الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالنجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكسبة والكبس والنعجة جنس واحد لأن الغرض الكلبي من الحيوانات الأكل والركوب والحمل والذكر والأنثى في ذلك سواء فالمعبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الأغراض دون الأصل

قوله ومن اشترى عبادة المصنف ومن باع الخ آفاده العلامة الجراوى وسيأتى نظيرتها ومن اشترى جارية الخ كتبه محمده

كانحل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد أصلهما العظم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذاري قرية بسمرقند والزنديجي ثوب منسوب الى زندنه قرية بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الإشارة على مبيع ذكر بتسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والاتى فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذا قال بتملك هذه الجارية فاذا هي غلام يطل المبيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الإشارة فان التسمية لبيان الماهية يعنى موصوفان بصفة والإشارة لتعريف الذات يعنى مجردا عن بيان صفة (٢٠٧) والابلاغ في التعريف أقوى وان كان

مما يكونان جنسا واحدا
فالعقد يتعلق بالمشار اليه
وينعقد لوجوده لان العبرة
اذالك للإشارة للتسمية
لان ما سمي وجد في المشار
اليه فصالح التسمية
مقضى بالمشار اليه وقد
ذكرنا تمام ذلك في كتاب
النكاح في تعليل محمدرجه
الله اذا باع كسفا فاذا هو
نجة صح البيع لكنه يتخير
لفوات الوصف المرغوب
فانه اذا خرج عن كونه معرفا
جعل للترغيب حذرا عن
الانغاء فصار كمن اشترى
عبدا على انه خباز فاذا هو
كاتب فهو بالخيار وقد يشير
كلام المصنف الى ثبوت
خيار المشتري عند فوات
الوصف من غير تقييد بكونه
أنقص لان الظاهر ان
صفة الخبز لا تربو على
الكتابة وقد ذكر صاحب
المحيط والغتابي كذلك
وقال فخر الاسلام وأخوه
صدرا الاسلام والصدر
الشهيد أن الموجودان
كان أنقص من المشروط

كانحل والدبس جنسان والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حاله أونسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني)

الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس أو قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل يعنى الاتى ولذا قالوا (الحل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفتحش تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزنديجي كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها وايجام الذال ثم راء مهملة تنسبة الى وذاري قرية من قري بسمرقند والزنديجي بزي ثم فون ثم دال مهملة ثم فون أخرى ثم ياء ثم جيم تنسبة الى زندنه بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكره لابي حنيفة في باب المهر يقتضى أنه اعتبر الحل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضى أن يعتبر الحل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه لبلا على انه ياقوت أحر فظهر أصفر صح ويخير كما اذا باع ٣ عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عيئت أولا في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدرا الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بعالم غرضه الا ان وكان مسند المصنفين ما تقدم فحين اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يلقى به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فانه يفيد أن حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بألف درهم حاله أونسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشترى آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما الآخر ولو اشترى وكيل البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهم لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكّل ذميا بشراء خروبيعه عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشترى لنفسه فوات فورته البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشترى وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشترى البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بالاشبهة وبه يختلف المسببات وبقولنا قال مالك وأحمد وفيه بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل من الثمن

الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو لا يشترى ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل واحد منهما وجه أما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خيار قبل الزام الكاتب بتضرره فلا يتم منه الرضا وأما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد ثوبا بالمسمى عشرة تسعة خير وان وجد أحد عشر فهو له بلا خيار قال (ومن اشترى جارية بألف درهم) من اشترى شيئا بألف درهم (حالة أونسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) (٣) قوله كما اذا باع الخ كذا في النسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اه صححه

قال المصنف (والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذاري قرية بسمرقند والزنديجي ثوب منسوب الى زندنه قرية بخاري كذا في المغرب

فالبائع الثاني فاسد خلافاً للشافعي هو يقول المالك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كالموابع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من أوجه اما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً أعني سواء اشترى بالثمن الاول أو بأنقص أو بأكثر أو بالعرض والاول اما أن يكون بأقل أو بغيره والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رحمه الله جوزه قياساً على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز أيضاً بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثار والمعقول أما الاثر فقال محمد بن حنفية يرفعه الى عائشة رضي الله عنها أن امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمانمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثمان مائتين وبثمن ما اشتريت أبليغي زيد بن أرقم ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم ينب فتأناها زيد بن أرقم معتذراً فقلت عليه قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزبة الافعال لا تعلم بالرأى فيكون مسموعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فيكون فاسداً وأن زيدا اعتذر اليها وهو دأبل على كونه مسموعاً لان في المحتملات كان بعضهم يخالف بعضها وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق الوعيد بكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبيها (٢٠٨) جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون كذلك

ولا أنها كرهت العقد الثاني حيث قالت بثمن ما اشتريت مع عرائنه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه أجيب بأن تلاوتها آية الر بادليل على أنه للربا لا اعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفرق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد أجيب بأن الوعيد

وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان المالك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كالموابع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها تلك المرأة وقد باعت بستمانمائة بعدما اشترت بثمانمائة بثمن ما اشترت ابليغي زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم ينب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله يجوز) كيفما كان كالموابع من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عنيها وتقييده بالعرض دون أن يقول كالموابع بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحساناً خلافاً للزفر وقياسه على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم وجه الاستحسان انه ما جنس واحد من حيث كونهم مائناً ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً والزعم ان اعتبارهما جنساً واحداً يوجب التفاضل بينهما احتياطاً والجواب انه مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بغير الآخر اجماع (ولنا قول عائشة) الى آخره مانق له المصنف عن عائشة

ليس للبيع ثمة بل لنفس التفرق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لا فها وأما الثاني فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ما لا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربا وبخلاف ما اذا اشترى بأكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعروض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا انعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بذنانير قيمتها أقل من الثمن الاول قياساً وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهم امن حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقاً) أقول الامن وارثه نص عليه الاتقاني وغيره (قوله فقالت عائشة بثمن ما اشترت) أقول أي باعت فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول هذا على سبيل التوبيخ والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به) أقول قوله فلا يكون أي الوعيد وقوله لذلك أي لكون البيع الى العطاء قوله نظراً به أي بالبيع الى العطاء (قوله دليل على أنه للربا لا اعدم القبض) أقول فيه بحث

عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح لأن شريته بعته بعته
قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فإنه روى في مسنده عن أبي اسحق السبيعي
عن امرأة أبي السقران امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها إن زيدا بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم
اشترها مني بثمانمائة فقالت أبلغيه عني إن الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب
ففي هذا أن الذي باع زيد ثم استرد وحصل له الربح ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسه
روى الإمام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أنها
دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم فقالت أم ولد زيد لعائشة اني بعته من زيد غلاما بثمانمائة
درهم نسيته واشتريته بثمانمائة فقد افقالت أبلغني زيد أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم الآن تتوب بثمن ما شئت وتبت وبئس ما شئت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن
عبد الهادي في التتبع هذا السناد جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني
في العلية هي مجهولة لا يحتج به فيه نظره فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين عليا من رسول
الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجوز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما
لا يدرك بالرأى والمراد بالعلية امرأة أبي اسحق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة قال
ابن الجوزي قالوا إن العلية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امرأة جلييلة القدر ذكرها ابن سعد
في الطبقات فقال العلية بنت أنفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بثمن
ما شئت أي بعته قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني
لانه مقصود بالفساد روى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثوري عن
أبي اسحق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فسلت امرأة فقالت كانت لي جارية فبعته من
زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بثمانمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت
عائشة إلى قولها الآن تتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أرايت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه
الفضل فقالت فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال إن قول عائشة وردها لجهالة الاجل
وهو البيع إلى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل إلى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل
من معنى النهي انه استرجع ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجوع ما لم يضمن
وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه المالك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن
فهو يرجع حصل لآعلى ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بثمن أو أكثر فبطل
الحق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب
يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لان المالك لم يعد اليه
بالصفة التي خرج فلا يتحقق رجوع ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري
سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في
العقد لانه فقور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين ولذلك اذا اشتراه بخس آخر غير الثمن
جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب
ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول اظهره بلا تقويم وقد أورد عليه تجويز كون انكار عائشة لوقوع
البيع الثاني قبل قبض المبيع اذا قبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لان ذمته لاجل الربا
بقرينة تلاوة آية الربا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة
الآية ظاهرة في كونها لا شتمها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة أرايت إن أخذت رأس مالي ورددت
عليه الفضل كان هذا مع التوبة فقلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن في

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبينة على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يحز البيع في التي اشترىها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا لاخرى بأقل مما باع وقد تقدم فساد وفوق ما اذا باعها بألف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعها العلمان في الاتقان شمس الأئمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعذر جهات الجواز وبيانه أنا الوجه علمنا بازا ما باعها الفاجاز وان جعلنا ألفا وجبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالجل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على أنه معارض بان تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتعذر جهات الجواز وليس البعض أولى وبان كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيحاً بكثر الادلة وهو لا يجوز على ما عرفت والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والترجح هنا للفساد ترجيحاً للمحرم ولا يسرى الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لامور اما لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظراً ما أولاً فلان كونه مجتهداً فيه ان كان خلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أبطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو أسلم قوهياً في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد (٣١٠) ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي وأما لان الفساد في المشتراة باعتبار

شبهة الرابا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتباراً بالشبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيانه أن في المشتراة شبهة الرابا أن في المسئلة الاولى انما يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن اشبهة الرابا لان الالف وان وجب للبائع بالعند الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فبردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبائع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) لانه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا لاخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبنا ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه أولاً لانه باعتبار شبهة الرابا أولاً لانه طارئ لانه يظهر بانفسام الثمن أو المقاصة الرابا وأورد عليه طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع أمه مفرداً لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهي أجيب بأن النهي اذا كان لا مبرر يرجع الى نفس البيع أو وجبه وان كان لا مبرر خارج لا والنهي فيما ذكر للتفريق بين النفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع ثم فيكره البيع في نفسه كالبائع وقت الذاء وهناه ولشبهة الرابا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الرابا حكم حقيقة (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبائع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا لاخرى) والتي باعها (بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبنا)

يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً بالثمن بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب وهي الرابا وأما لان الفساد طارئاً وجهين أحدهما أنه قابل الثمن بالجارية بين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها أن يكون بازا ما باعه أقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازا ما باع والبعض بازا ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئاً فلا تعدى الى الاخرى ولا يشك في ما اذا جاع بين عبد ومدير وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والعقد جائز في العبد لان شمس الأئمة قد قال البيع في المدير غير فاسد ولهذا أجاز القاضي بيعه جازاً ولكنه غير نافذ حتى المدير وذلك لمعنى فيه لافي العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بألف

(قوله وبيانه أنا الوجه علمنا بازا ما باعها) أقول أنت الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول في قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثاني في تقتضيه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظراً ما أولاً فلان كونه مجتهداً فيه الخ) أقول يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهداً فيه أنه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محلاً للاجتهاد لم يخالف الشافعي فيه فليست بدر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول وأجيب بان السلم مبناه على المضابفة فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر في مطلق البيع فيناسبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجاب في الكافي بجواب آخر فراجع (قوله لان شمس الأئمة قد قال البيع في المدير) أقول تعليل اقوله ولا يشك الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما أنه قابل الثمن

وهي التي ضمت اليها وأورد عليه أن علمه الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان أصابة حصتها ياها أقل من خمسمائة المستلزم لشرائها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة لأن عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكرنا أنه أيضا فاسد أجيب بأن الفساد في هذه المعنى آخر وهو أكثر جهات الجواز وليس البعض في الحل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجي في كتاب الصرف وهذا لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فتمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يبيع الفساد في الجاريتين وما أشبع قول فائل إذا كثرت جهات الحل بلامعارض بحرم والحق أن بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهذا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد أمكن اعتباره غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد دون تحقق بتحقيق الاعتبار فليست أملا وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمع فيه اعتبر وجه الصحة تصحيا كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيز حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى الجواز اعتبارا تصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعة المصنف بوجوه أولها أن الفساد فيما بيعت أو لا ضعف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم يسر للآخر كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حرو عبدا واستشكل بما لو أسلم قوهيا في قوهي ومروى فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروى كالأسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية محتمل فيه فان اسلام هروى في هروى جائز عند الشافعي ولا مخلص منه الابتغير تعليل تعدد الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما وهو شرط قبول العقد في الهروى شرط القبول في المروى فيفسد في المروى بالشرط الفاسد وفي الهروى باتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان بقابله وهو منتف في المضمونة فلوا اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضيان اعتبار الشبهة بأن الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فبرده فبسط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا الفبا بخمسمائة ثالثها ان الفساد في الاول طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساد فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما لم يبيع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فاسد طرأ الآن لأن الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا يتعدى الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضل بلا عوض وذلك لأن البائع الاول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة

ثم اشتراها قبل نقد الثمن
بخمسمائة فتقاصا
خمسمائة بخمسمائة مثلها
بقي للبائع خمسمائة أخرى
مع الجارية والمقاصة تقع
عقيب وجوب الثمن على
البائع بالعقد الثاني
فيفسد عندئذها وذلك
لاشك في طرده

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يتره بظرفه الح) اشترى زيتا على أن يتره وبطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد فانه شرط ما لا يقتضيه (٢١٢) العقد فان مقتضاه أن يطرح عنه دون الطرف ما يوجد وعسى يكون

وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على أن يزن ويطرح عنه بوزن الطرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال (ومن اشترى سمنافى زقا الح) ومن اشترى سمنافى زق وردا الطرف فوزن بخاء عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف أما أن يعتري تعيين الزق المقبوض أو في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض (والقول قول القابض ضميننا) كان كالغاصب (أو أميننا) كالسودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن (فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة) والقول قول المنكر مع عينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف أجيب بانه يوجب اذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق والفقهاء فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقدا آخر

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يتره بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الطرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنافى زقا الطرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلاف في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضميننا وان اعتبر اختلاف في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة

تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند هافه وطارى فلا يظهري في الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقاقي ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا ما نحن فيه وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أولا بشرط القبول في الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا ألا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خـلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لأعلى ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشترى البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشترى منها بأقل ان كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشترى منها بأقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح لأعلى ضمانه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يتره بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن تطرح عني وزن الطرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على أن يتره فيطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الطرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزرقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع عينه الا أن يقيم البائع البيينة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلافه لا فارجعنا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضميننا كان) كالغاصب (أو أميننا) كالسودع ولان البائع يدعى عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة وان اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين احدهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر برده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سياتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلاف في الثمن أجيب عن الاول بأنها مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لانكاره الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أولا فلا

يوجب

وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجب

قال المصنف (ومن اشترى سمنافى زقا فردا الطرف) أقول ذكره استطرادى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم أفضع جازع عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف فالأموال لا يلى هذا التصرف فلا يولى غيره كتوكيل المسلم بجوسيا بتزويج مجوسية ولأن ما ثبت للتوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجوز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المعتبر في هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وأهلية الموكل فالأولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف (٢١٣) في المأمور به والنصراني ذلك

والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لا يلزم انفكاك الملزوم عن الأثر إلى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم أرنا إذا سلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الورثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأني يتشابهان لأن ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك تثبت بدون اختياره كافي الموت ألا ترى أن المأذون له النصراني إذا اشترى خرا ثبت الملك فيها لمسواه المسلم بالاتفاق وإذا ثبت الأهليتان لم يمنع العقد بسبب الإسلام لأنه جالب لاسالب ثم الموكل به أن كان خرا خلالها وان كان خنزيرا سبيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكر وهمة أشد كراهة وقولهما الموكل لا يملك فلا يولى غيره منقوض بالوكيل بشرائه بعينه إذا وكل آخر بشرائه لنفسه فإنه يثبت الملك للوكيل الأول وهو بنفسه لا يلى الشراء لنفسه وبالقاضي إذا

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم أفضع جازع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده إلهما أن الموكل لا يملك فلا يولى غيره ولأن ما ثبت للتوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولا يلى حنيفة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآخر أمر حكمي فلا يمنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم كان خرا يخللها وان كان خنزيرا بسببه

بوجب التحالف (قوله وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وخنزير أو شرا ثم أفضع جازع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يرقها ويسبب الخنزير وهذا في الشراء وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خرا وخنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليها ويموت قبل أن يزيله ما وله وارث مسلم فيرثهما فيموت كل كافرا ببيعهما ما فعله أن يتصدق بهنهما تمكن الخبيث فيه قال صلى الله عليه وسلم إن الذي حرّمها حرم بيعها وأكل غنمها وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالفدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الأصل إلهما أن الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يملك غيره لا يولى) بنصب غيره لأنه مفعول مقدم ليولى كما أنه لم يملك تزويج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجها إياها (ولأن ما ثبت للتوكيل) من الملك (ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولا يلى حنيفة أن الوكيل) في البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله وترجع حقوق العقد إليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرا ثم أضرعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لأن يثبت له ما ثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من ضرورة ثبوت الملك الجبري له فيه ما فاتت في المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرة ممنوعة بمسائل منها أن الوكيل بشرائه عبدا بعينه لا يملك شراؤه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها أن القاضي لا يملك بيع خمر أو خنزير خلفه ذي ورثته إلى القاضي ويملك توكله به وكذا الوصي المسلم للذي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به المريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغيب في مثله إذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا تباع الأم عرض الولد ووصيهما ببيعهما إذا لم يكن من ميراثهما فإن قيل إن قلت إن تلك المسلم لها يثبت جبراً عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك إذا توكيل اختياري والملك مترتب عليه إذا وجوده في الشرع قلنا فنختار الثاني ونمنع أن التوكيل سبب للأكل بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سبباً بل شرط وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازماً للوكالة ولا مسبباً عنها إذا يلزمه الشراء بقى أن يقال إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن بسبب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقى نصر فغير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روى عن أبي حنيفة

أمر ذمياً ببيع خرا وخنزير خلفه ذي آخر وهو لا يلى التصرف بنفسه وبالذي إذا أوصى لمسلم وقد تر كهما فإن الوصي يوكّل ذمياً بالبيع والقسمة وهو لا يلى ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسى مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع إلى الموكل والوكيل سفير لا غير

قال المصنف (كما إذا ورثهما) أقول وصورة ارثهما بأن كانا لذي فأسلم فمات قبل التخليط والتسييب فورثهما الوارث (قوله لا يقال إلى قوله لأن ثبوت الحكم) أقول لأن ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوارثة الخ

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعا لفروع أصحابنا وتقريره أن الشرط ينقسم أولا إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما ثبت بطلاق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفا وإلى ما ليس كذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين وإلى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة للعقد وعليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه ففي القسم الأول جاز البيع والشرط بزيده وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلا فله يقتضي عدم جوازه

أن هذه الوكالة تذكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأى فائدة في الصحة (قوله ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط قال الطبراني في معجمه الوسيط حدثنا عبد الله بن أيوب المقرئ حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بعبدا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال ما أدري ما قال حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن اشتري بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قال حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال بعث من النبي صلى الله عليه وسلم نائة وشرط لي جلالنا إلى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا التخصيص فحمله الشافعي رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فإن النبي صلى الله عليه وسلم ما ردني حديثها إلا الولاء وذا كرا لا قطع انهار رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعنيني فقلت إن أحب أهلك إن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق فذهبت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب إذا رضى بالبيع وفيه إبطال قول من منع بيعه وقال إنما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو أن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال إنما الولاء لمن أعتق وردت شراطهم الولاء لأنفسهم هم والعتق من عائشة رضي الله عنها وهذا خلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحل شرطا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك اذا أعتقته يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذ كر اذا كان خارجا عن طاعة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة وأما الحنفية فأنعم بخصومه به لان العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترحيح والمرج هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط وهو كونه مانعا وحديث بريرة مبني فيجمل على ما قبل النهي لان القاعدة الأصولية أن ما فيه الإباحة منسوخ عما فيه النهي وأما حديث جابر الذي استدلل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء جلالة لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من فيل المرسل عند

لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق وفي الأول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التبريك كذلك لأن الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد (٢١٥) البيع شرط ثابت بالحدث والعرف

ليس بقاض عليه لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف يتقضى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع إلا القياس على ما لا عرف فيه بما جمع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما إذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لأن فيه زيادة عارية عن العوض لأنهما لما قصدوا المقابلة بين المبيع والتمن خلا الشرط عن العوض وهو الرابا لا يقال لا تطلق الزيادة الأعلى المجانس للزيد عليه والمشرط منفعة فكيف يكون ربا لأنه مال جازأخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشئ فكان ربا ولأنه يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعبرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع وفيما إذا كان فيه منفعة للعقد عليه

ثم جله المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوتيه بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا أولا أنه يقع بسببه المنازعة فيعبرى العقد عن مقصوده ألا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده

كثير من أهل الحديث قلت ذلك إذا لم يصرح فيه بجذأبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والقسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع مالم يضمن عندك وله ذلك قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام في موطأ مالك بلاغا وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع مالم يضمن عندك وروى مالم يضمن ومعنى السلف في البيع بشرط أن يفرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي (قوله ثم جله الأمر فيه) أي في الشرط (أنه ما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يجلس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد ولا يقتضيه لكن ثبت تحريمه شرعا بالامر ذله كشرط الاجل في الثمن والتمن في السلم وشرط في الخيارات كذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعا رخصة أولا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرائه فعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضا مما سياتي وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثيق بالتمن كالمبيع بشرط كفييل بالتمن حاضر وقبل الكفالة أو بأن يرهنه به رهننا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لفرقان حاصله التوثيق للتمن فيكون كاشتراط الجوده فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جازأخذ بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشارا إليه لا يجوز بالاتفاق لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن مالم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فإن سلم مضي العقد على ما عقدوا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خسر البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للعقد عليه وهو من أهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهرا أو ثوبا على أن يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لأنه يجبره أن لا يتداوله الأيدي وكذا على أن لا يخرج من مكة مثلاً وفي الخلاصة اشترى عبد على أن يبيعه جازو على أن يبيعه من فلان لا يجوز أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن المبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن طالبا وكذا إذا كانت المنفعة غير العاقدين ومنه إذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعما على أن يتصدق به فهو فاسد أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة أن لا يبيع إلا بخصيصه أو يهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل لأنه ليس لأحد

(قوله لأنه في الحقيقة الخ)
أقول جواب لقوله لا يقال
نهى النبي عليه الصلاة
والسلام (قوله لأنه معلول)

(الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بما جمع كونه شرطا) أقول مفضيا إلى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لأنه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أي في حكم المال

كشروط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فإن العبد يجبه ان لا تتداوله الايدي وتعام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعة كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشروط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به نص عليه في آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين والجواب أن المعتبر بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يديره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخير لا الالتزام والشرط يقتضي الالتزام حتما والمنازعة بينهما ما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فمنازعتهم ما وقتلنا انه فاسد والفساد ما يكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه في النظر (٢١٦) الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير

مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجلة بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز به بقبضه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بأن يباع من يعلم أنه يعتقه لان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله بقبضه لانها غير ان فيصح قياس أحدهما على الآخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف بقبضه بملحقة بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن يبيع العبد نسمة على

وهو الظاهر من المذهب كشروط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخير لا الالتزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق وبقيسه على بيع العبد نسمة فالجدة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة ان يباع من يعلم انه يعتقه لان يشترط فيه

العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي الى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكتبه أو يديره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصححه ثم أن أعنتقه المشتري فذلك والاخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المصنف (وبقيسه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه من يعلم أنه يعتقه لان يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تحقق صورة القياس وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا أن قوله لا أن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكره مخالف لتفسير الشافعي بذلك فنفاء وحينئذ بقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس قال (والجدة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيف ما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع من يظن عتقه أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا أعنتق في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق

ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعين في الكتابة فقالت إن شئت عددتها فعمدت لاهلاك واعتقتك فرضيت بذلك فاشتريها وأعتقها وانما اشتريها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس على ما عرف في الاصول والجهة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت انها أن تعتقها الترضي بذلك فان يبيع المكاتبه لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الريح وسميت بهم النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثرت ذكرها في باب العتق خصوصاً في قوله عليه السلام فك الرقبة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق (قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسر المصنف بما فسر (قوله وبيان الحاقه بالدلالة) أقول فيه تأمل

فعمليت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفي بالشرط واعتق بعد ما اشتراه ببيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقال ينيق فاسدا كما كان فوجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط (٢١٧) ولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا

لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة رجه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق (ولكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه للملك والمنهى للشيء مقترنه ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقاءه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجوه الشرط (فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز) عملا بالدليلين وتأمل حق التأمّل نخلص من ورطة شبهة لا تكاد تخل وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسدا أولا فان كان الاول فتحقيقه بقرار الفساد لا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقدية في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة له عدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لاننا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب

فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رجه الله وقال ينيق فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رجه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر وهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تحق الملاءمة فيتنقرا الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

فعمليت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو اعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صححا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صححا فتلزمه قيمته وأما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة أو قياسا على تدبيره واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفقا فافهم وفي بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة أن شرط العتق) وان كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخير الى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (بلائحه لانه) أي العتق (منه للملك) الذي هو أثر البيع (والشيء بانتهائه يتقرر) وجوده والفساد لا تقر له فكان صححا (وهذا لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) اذا طلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسدة ولذا لو مات لا ينقلب صححا لان موته لا يصير بشرط العتق ملائما وهو المنطور اليه في افساد العقد ونصحه وكون شيء آخر كاللوت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما وأما شرط التدبير والاستيلاء فكذلك لا يصير العقد صححا اذا دبر المشتري أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاء ملائما لانه يتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بجهة بيعهما فيتنقرا الفساد وأوردنا كان فعل هذا الشرط صححا ينبغي أن يكون العقد صححا في الابتداء عند اشتراطه أوجب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما بلائحه باعتبار حكمه فعلنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أولا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائمة اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لما لا ييوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو بشرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) أو لو باع على أن يقطعه المشتري قيما أو بقاء فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين)

(٢٨ - فتح القدير خامس) جائزا كالببيع بالرغم بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاء والكتابة فان الملك لا ينتهي بها فيقضي لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدير وأم الولد والمكاتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة

ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن يفرضه المشتري درهما احترازا عما اذا قال بعثك هذه الدار على أن يفرضني فلان الاجنبي ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لانهم لم يلزم الاجنبي لاضمانا عن المشتري لانهم البست في ذمته فيجعلها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على أني ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقةتين في صفقة كما ذكره في المتن

وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو (نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي فرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن) بأن يعتبر المسمى ثمنًا بازاء المبيع وبازاء أجرة الخدمة والسكنى (بكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه أحمد عن اسود بن عامر عن شريك عن مالك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما بثوته فقد رواه البزار في مسنده عن اسود بن عامر واهل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا انقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفة الصفقة في الصفقتين ربا تؤيد تفسير المصنف مع انه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير الانقدا الفاء وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا أخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا فاذا وجب لي غلامك وجبت لك دارى وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائي وقال الترمذى حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجى لوقال بعثك هذه الدار بألف على أن يفرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لم يفسد فاما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقل على أني ضامن واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار البائع لانه لو ثبت انما ثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك وفي الفتاوى الصغرى قال بيع عبدك من فلان على أن الثمن على العبد لفلان حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعد أبو بكر الجصاص (فروع) باع أمة بشرط أن يطاها المشتري أو أن لا يطاها ففسد البيع عند أبي حنيفة فيهما المأذون من أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين أحد الجانبين وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كأن شرط أن يفرض أجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو يوطأ بشرط أن يلبسه جاز وذكر الامام قاضى خان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بمال ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبهة بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والبراءة عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوى وتعلق بإيجاب الاعساف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر الخ) الاجل في المبيع العين باطل (٣١٩) لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع

ترفيه في تحصيله باتساع
المدة فاذا كان المبيع أو
الثلث حاصلًا كان الاجل
لتحصيل الحاصل وانما
قيد بالعين احترازًا عن السلم
فان ترك اجل فيه مفسد
للحاجة الى التحصيل قال
(ومن اشترى جارية الا
جملها الخ) ذكر في هـ هذا
الموضع العقد المستثنى منه
وهو ثلاثة أقسام الاول
ما فسد فيه العقد والاستثناء
والثاني ما صح فيه العقد
وبطل الاستثناء والثالث
ما صح فيه كلاهما أما
الاول فكالبيع والاجارة
والكتابة والرهن فاذا باع
جارية الاجملها أو أجر داره
على جارية الاجملها أو رهن
جارية الاجملها أو كاتب عبده
على جارية الاجملها فسد
العقد لانما عقود تبطل
بالشروط الفاسدة لان غير
المبيع في معناه من حيث
أنها معاوضة والبيع
يبطل بالشروط الفاسدة
لمناقضة ما في
معناه والاستثناء بصير شرطًا
فاسدًا فيها فيفسدها وذلك
لما ذكره من الاصل فيه
أن ما لا يصح افراده بالعقد
لا يصح استثنائه من العقد
والجل من هذا القبيل وقد
تقدم في أول البيوع وهذا
لان الجل بمنزلة أطراف الحيوان
لاتصاله به بنقله

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر فالببيع فاسد) لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون
شرطًا فاسدًا وهذا لان الاجل شرع ترفيه فيلحق بالديون دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية
الاجملها فالببيع فاسد) والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد والجل من هـ هذا
القبيل وهذا لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه وبيع الاصل ينشأ وله ما فالاستثناء يكون على
خلاف الموجب فلا يصح

والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعنق
بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء
والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خـ لا فالابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة
والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصالح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا
ومؤجلا وجناية الغصب والوديعة والمعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وعقد
الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا
اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط
وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط وبغير المتعارف يبطل وتصح
الكفالة انتهى فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التملكيات والتقييدات لا يصح تعليقه فن الاول
الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل
التملكيات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لأنه من اطلاق الولاية كالتضاء والاذن والايضاء والوكالة
وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التملكيات بل هي بالولايات أشبهه (قوله ومن باع عينا
على أن لا يسلمها) ايها (الى رأس الشهر فالببيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطًا
فاسدًا وهذا لان الاجل شرع ترفيه فيلحق بالديون) لانها ليست معينة في البيع فيحصل بالاجل
الترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذ فائدته الاستحصال به
وهو حاصل فيكون اضرارًا بالبائع من غير نفع للمشتري (قوله ومن اشترى جارية الاجملها فسد البيع
والاصل) الممهد لتعريف ما يصح استثنائه من العقد وما لا يصح استثنائه هو (أن ما لا يصح افراده
بالعقد) ابتداء (لا يصح استثنائه من العقد) وما يصح يصح وما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح
استثنائه وهذا وهو كون الجل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه)
كرجل الشاة واليتها حتى انه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعًا ومن فروعه
بعثك هذه الصبرة الاقضية امنها بكذا يجوز لأن افراد قفـ يزمنها بالبيع يجوز ولو قال بعثك هذا القطيع
من الغنم الاشاة بألف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هـ هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه
الشاة فانه يجوز لا تتقاء الجهالة حيث يجوز لجوارز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عدد متفاوت
ومنه ما اذا باع حيوانًا واستثنى ما في بطنه لهنبيه صلى الله عليه وسلم لم عن بيع الحبل وأما أن ما لا يفرد
بالعقد لا يجوز استثنائه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله المصدر عن حكمه وما يدخل تبعًا ليس
بما تناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى وأما قول المصنف (بيع الاصل ينشأ وله ما)
أي الاصل والتبعية (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لان الاستثناء ليس الاخراجا
من حكم الصدر وحكمه هو موجب فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصـ لانه أن يريد بالتناول فيها الحكم
بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أي طريق الاستثناء ومهيجه لاحقيقة موجبه

ويقر بقراره وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لانه على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الجل تابع

قال المصنف (لان الاجل في المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازًا عن المسلم فيه فانه مبيع دين ويصح الاجل فيه بالنص

فيصير ذكره شرطا فاسدا (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسدا لها إذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الحجر والخزير أو على قيمته حيث دخل في البذل وأما إذا لم يكن في صلبه كما إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا تصح الا ببدل معلوم وتحتل الفسخ ابتداء وتشبهه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتل الفسخ بعد تمام المقصود فالقضاء بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد والنكاح فيما لم يتم كنه فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من (٢٢٠) قبيل التمليكات لكنها عرفنا بانص أن الشرط الفاسد لا يفسد ما فانه صلى الله عليه

فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتم كنه في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

وذلك لا يجوز وإذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطا فاسدا) وفيه نفع للبائع (والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الا أن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكاتب المسلم عمده على خرا أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الاعتاق والنكاح من حيث إن أحد البديلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبهه بالبيع وشبهه بمال ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه بالبيع ولم يفسد بمال ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط (لا تبطل بالاستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعتني عليها الاجلها أو اجعلها بدل الصلح الاجلها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم أجاز العري بشرط عود المعرف فتصير العري لورثة الموهوب له لورثة المعمر وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية الاخدمتها أو اغلقتها حيث لا يصح الاستثناء (لان الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها حتى لو

وسلم أجاز العري وأبطل شرطه للعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لورثة المعمر إذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكالوصية إذا أوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث أما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور واعترض على قوله الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية

مما يصح افراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمته هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناءه وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلان سلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصي له بعد موت الموصي ويدخل الموصي به في ملك ورثة الموصي له بدون القبول بأن مات الموصي له قبل القبول فلا يتناول لفظ العقد مطلقا ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا الصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراده بالعقد فافرق بينهما والجواب أنا ما منعنا العكس وجوباً وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارث الموصي فاصح أن يكون موروثا كالحمل صحته ومالم يصلح كالخدمة منعناه

(قوله والميراث يجري) أقول ان أراد انه يجري فيه تبعاً لانه فلا يفيد ما وان أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر انه ليس كذلك فليتأمل في دفعه

قال (ومن اشترى ثوبا على

أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيد
قال ههنا صفقة في صفقة
وفيما تقدم صفقتين في
صفقة وكأنيهما سواء بشر
اليه قوله على ما مر وقيل
قال هنالك صفقتين لأن
فيه احتمال الاجارة والعارية
وههنا صفقة اذ ليس فيه
احتمال العارية قال (ومن
اشترى نعلا) هذا النعل
بالمثال قطعها به فهي تسمية
الشيء باسم ما يؤل اليه اذ
الصم هو الذي يقطع
بالمثال وشرك النعل وضع
عليها الشراك وهو سيرها
الذي على ظهر القدم فمن
اشترى صرما واشترط أن
يحذوه أو نعلا على أن يشركها
البائع فالبيع فاسد في القياس
ووجهه ما بيناه أنه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لأحد المتعاقدين وفي
الاستحسان يجوز للتعامل
والتعامل قاض على القياس
لكونه اجاعا فعليا كصبغ
الثوب فان القياس لا يجوز
استحجار الصباغ لصبغ
الثوب لأن الاجارة عقد
على المنافع لا الاعيان وفيه
عقد على العين وهو الصبغ
لا الصبغ وحده

قال المصنف (ومن اشترى
نعلا على أن يحذوها البائع
أو يشركها فالبيع فاسد)
أقول أراد بالنعل الصم

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا أو قبا فالبيع فاسد) لأنه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن اشترى نعلا على أن
يحذوها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا
وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب

أوصى بخدمة الجارية أو غلتم فلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتمها بل يعود
الى ورثة الموصي بخلاف ما لو أوصى بحمل جاريته لا يخرج حيث يصح ويكون حملها له وأورد على
الاصل أن الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب أن يصح استئناؤها أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل
قولهم كل ما جاز أن يكون ثمن في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمن لا يصح أجرة
وبأن الوصية ليست عقدا حتى يصح قبول الموصى له بعدم موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد
نقضا **(فروع)** باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها
لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلا لما روى عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما وعن أبي يوسف
لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال
ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعثك هذا العبد بألف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في
كله بألف وخمسمائة لأن المعنى باع نفسه بألف لأنه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعة
بخمسمائة ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو قال بعثك
الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى داري
الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طريق للشترى في الدار وعلى
أن يابى في الدهليز يجوز ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لاه يرد ولو باعه بألف دينار لادرهما أو لا
ثوبا أو لا كترخطة أو هذه الأشياء الواحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على أن لا بناء فيها
فأذا فيها بناء البيع فاسد لأنه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن يبناءها من آخر فذا هو لبن فهو
فاسد بناء على أنه ما جاز أن يكون ثوبا على أنه هروى فظهر بطلانها ولو باع الارض على أن فيها بناء
فأذا لا بناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها أو بس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلاوها وسفلها فظهر
أن لا عملها ومثله لو اشترى باجذاعها **(قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا
أو قبا فالبيع فاسد)** باجماع الائمة الاربعة (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين
ولأنه يصير صفقتين في صفقة على ما مر) من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هنا على تقدير واحد
وهو كون الخياطة بقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجازة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير
وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع **(قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع)** المراد
اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا فاطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقة
أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي أن يجعل معها مثلا آخر لينع نعل للرجلين ومنه حذوت النعل
بالنعل أي قدرته بمثال قطعه ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لأن يشترى
أديما على أن يجعل له شرا كما فلا بد أن يراد حقيقة النعل **(فالبيع فاسد قال)** المصنف رحمه الله
(ما ذكره) يعني القدوري **(جواب القياس ووجهه ما بيناه)** من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
نفع لأحد المتعاقدين **(وفي الاستحسان يجوز)** البيع ويلزم الشرط **(للتعامل)** كذلك ومثله في
ديارنا شراء القيقاب على هذا الوجه أي على أن يسمر له سيرا **(وصار كصبغ الثوب)** مقتضى القياس
منعه لأنه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن يجوز للتعامل ومثله
اجارة الظن مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضنة

تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه كذا في شرح الكاكي وضيم يشركها بالنعل بعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام

وللتعامل جواز الاستصناع قال (والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهي مفضية الى المنازعة في البيع لا بتناهما على الماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه

في استحقاق الصباغ والطير والبن آلة فعلهما (وللتعامل جواز الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع لنفسه بشرط ان يبطن لها البائع بطانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط ان به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على ان احامل بفقد البيع وعن الشافعي قولان واحدهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الا دعي أما في الجوارى يصح قولان واحد وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على ان احامل بجواز البيع الا أن يظهر أن المشتري يريد لها الظهيرة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري بفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسا أو زيتونا أو خنطة على أن فيها كذا ذهنا أو يخرج كذا ذيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة ان احلب أو لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي بفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغیر العاقدین كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع بفسد به البيع اذا شرط على أجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسده اذا شرط على أجنبي فهو جائز ويخبر المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الاجنبى عشرة جازا للبيع ويخبر المشتري ان شاء أخذه بمائة وان شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الاجنبى دينار من الثمن فالبيع فاسد وفي المتن في خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له دينار من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصل هذا حطيطة مشرطة وما آلتها الى الشراء بالثمن الانقاص ولو باع رقبته الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على أنه شريك المشتري في نصف هذا فاسد ولو قال نصفهما جاز كالمبايع هذا الثوب وقال ان اشترى بك في نصفه ومقتضى النظر أن يجوز الاول أيضا لانه في الحاصل يبيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شاة صافقة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بألف الانصاف بستمائة فقه - دباع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع الى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار ينتهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف بهذا التعليق أن المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يتناسب تعليقه فسادا تأجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله (اذا لم يعرف الى آخره) أن الفساد بالتأجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قبل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل أن المفسد لجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوما واعلم أن كون التأجيل في

لكن جواز التعامل جواز الاستصناع (والبيع الى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهر كان يوم في طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الاجل) المفضية الى النزاع لا بتناء المبايع على الماكسة أى المجادلة في النقصان والمساكسة موجودة في المبايع الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز) لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج الخ) الحصاد بفتح الحاء وكسر هاء قطع الزروع (٣٣٣) والدياس أن يوطأ المحصول بقوائم الدواب

من الدوس وهو شدة وطه
الشيء بالقدم والقطاف
بكسر القاف قطع الغنم
من الكرم والفتح فيه لغة
والجزاز قطع الصوف والنخل
والزرع والشعر والبيع
الى وقت قدوم الحاج والى
هذه الاوقات غير جائز للجهالة
المفضية الى النزاع بتقديم
هذه الاوقات وتأخرها
والكفالة الى هذه الاوقات
جائزة (لان الجهالة اليسيرة
متحملة في الكفالة ألا ترى
انها تحتمل الجهالة في أصل
الدين بأن يكفل بما ذاب على
فلان في وصفه أولى) لكون
الأصل أقوى من الوصف
(وهذه الجهالة يسيرة لا اختلاف
الصحابه رضي الله عنهم فيها)
فعائشة رضي الله عنها
كانت تجوز البيع الى العطاء
وان احتمل التقدم والتأخر
لكونها يسيرة وابن عباس
رضي الله عنهم مانعه ونحن
أخذنا بقوله وهذا قد
يشير الى أن الجهالة اليسيرة
ما كانت في التقدم والتأخر
والفاحشة ما كانت في
الوجود كهبوب الريح مثلا
والبيع لما لم يكن محتسما
للجهالة في أصل الدين لم يكن
محتسما لهما في وصفه ورد
بأنه لا يلزم من عدم تحمل
أصل الدين عدم تحمل
وصفه لان الأصل أقوى
اذهو يوجد دون الوصف

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تنقدم وتتاخر
ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة
لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها ولأنه معلوم الأصل ألا يرى انها تحتمل الجهالة في أصل الدين
بأن تكفل بما ذاب على فلان في الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في أصل الدين فكذا في وصفه
الدين يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الدين أمالو كان غنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى
الذي ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله
(لا يتناهى على المالك كسرة) المالك كسرة استنقاص الدين والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع
عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت
القبض يحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقبة هذا يصلح تعليلا
لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد)
بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو الغنم (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم
لينقشر وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء الكسرة قبلها (والجزاز) أي جز صوف الغنم
(لانها تنقدم وتتاخر) وذكر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات جاز
لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أي قريب تداركها وازالة
جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبني
على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة
متحملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا ألا ترى أن الصداق
يحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبي عن هذا
المحل ثم أجاب بأن الأصح صحة هذه الآجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تأجيل
الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه
النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر وقوله (لاختلاف الصحابة) أخرجه
مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من أجازها كعائشة رضي الله عنها أجازت البيع
الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا
ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجا لا اذ ذاك الصداق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في
صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف
ينصرون من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بخوب يوم أو يومين فأهدرته عائشة
واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر والفاحشة هي
ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولأنه معلوم الأصل) أي ولأن الدين معلوم فأعاد
الضمير عليه لانه الكفالة اذ لم يلزم ديننا يعني الأصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه
مؤجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا يرى الى آخره) ابتداء لانه لم يعلل لقوله لانه معلوم الأصل
وحاصله أنه أثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها وبأن الدين المكفول به معلوم الأصل
فلم يبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة
بأن بعض الكفالة تحتمل جهالة الأصل كالكفالة بما ذاب على فلان والذوب غير معلوم الوجود
فلان يتحمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يحتملها في أصل الدين فكذا في وصفه)
فانجه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمل أصل الدين الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الأصل
أقوى أجيب أن الاشتراك في العلة يوجب في الحكم وعلة عدم تحملها في الأصل الا فضاء الى المنازعة

الخاص دون عكسه وأجيب بأن المانع من تحمل أصل الدين الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه

وإذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة محتملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتناؤه على الماكسة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) أعني النير وزوال المهر جانبا إلى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل تحقق هذه الأوقات انقلب البيع جائزا خلافاً لفرجه الله وهو يقول ان عقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الأجل في النكاح يعني على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهو استدلال (٢٢٤) من جانب زفر بما يقل به وليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقد الفساد

للمنازعة والمنازعة إذا تحقق عند حلول الأجل فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقريره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أجاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الأجل لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما ذكرنا فان الفساد فيه في صلب العقد واعترض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد وإذا باع إلى أن يمب الريح ثم أسقط الأجل لا ينقلب جائزا وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كالمو كان في صلب العقد ألا ترى أن من صلبه بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثاني بأن هبوب الريح ليس بأجل لان الأجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا

بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الأجل) ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقريره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

وهو موجود في جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الأجل هو إذا ذكرت في أصل العقد أما إذا عقد بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحا (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات) فإنه يجوز فالتأجيل بعد الصحة كال كفالة وتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الأجل شرط فاسد (قوله ولو باع إلى هذه الأجل) ثم تراضيا على إسقاط الأجل) قبل أن يجيء عبان أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا) كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الأجل (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الأجل لاخراج نحو التأجيل بهبوب الريح ونزول المطر فإنه لو أجل به ثم أسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجهه قوله أن العقد فاسد (فلا ينقلب جائزا كاسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) وكالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا ويبع الدرهم بالدرهمين إذا أسقط الدرهم لا يعود صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار أمر خارج هو الأجل وصلب العقد البدلان مع وجود مقتضى الصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما فاس عليه من الاشهاد المتأخر فان عدم الاشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسد لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وإنما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح إسقاط الدرهم (لان الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج بعد هذا إلى الجواب ما إذا أسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تبع للآلف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن وبفساد الآلف مستتبع هناك هذا والحق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام

بكلامه (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أن أقد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب فإنه جائز قبل تقرير المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح إلى أجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا) أقول لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقريره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه) أقول يعني على أصلكم أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح

(قوله في الكتاب) أي القدروري ثم تراضي آخر ج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد
أوشاة ذكبة وميتة الخ) اذا جمع في البيع بين حر وعبد أوشاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعني سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبي
حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان سمي لكل واحد منهما ثمنًا مثل أن يقول اشتريتهم بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز
العقد في العبد والذكبة (وان جمع بين عبد ومدير أو بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزرارة رحمه
الله فيهما) أي في العبد والمدير أو في الجمع بينهما (ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدير) فان قيل متروك التسمية
مجتهد فيه فصار كالمدير فيجب جواز بيعه مع المذكي كبيع القن مع المدير أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين المخالفة للدليل الظاهر
وهو قوله تعالى ولانا كلوا مما يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى (٢٢٥) بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة

من جمع بين الحر والعبد
في البيع (لزرارة اعتبار
بالفصل) الاول يعني بين
الحر والعبد بجماع انتفاء
الحلية في حق الجميع ولا ي
يوسف ومحمد اذا سمي لكل
ثمنًا أن الفساد بقدر الفساد
اذ الحكم يثبت بقدر دليله
والفسد في الحر كونه ليس
بمحل للبيع وهو مختص به
دون القن فلا يتعداه كما اذا
جمع بين الاجنبية وأخته
في عقد النكاح بخلاف
ما اذا لم يسم عن كل واحد
لان عن العبد مجهول ولا ي
حنيفة رحمه الله وهو الفرق
بين فصل الحر والمدير مع
القن ان الحر لا يدخل
تحت العقد أصلا لانه ليس
بمال والبيع صفقة واحدة
بدليل ان المشتري لا يملك
قبول العقد في أحدهما
دون الآخر واذا كان كذلك
كان قبول العقد فيما لا يصح
فيه العقد شرط الصحة العقد

وقوله في الكتاب ثم تراضي آخر ج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع
بين حر وعبد أوشاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف
ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ثمنًا جاز في العبد والاشاة الذكبة (وان جمع بين عبد ومدير أو بين
عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زرارة رحمه الله فسد
فيه ما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدير له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية
البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين
الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل واحد منهما لانه مجهول ولا ي حنيفة رحمه الله
وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة

فانه يجيز النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضي) أي قول القدروري في
مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أوشاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل عن كل
واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل
واحد منهما ثمنًا جاز في العبد) بما سمي له وكذا في الذكبة واذا لم يسم بطل بالاجماع وبقول أبي حنيفة
قال مالك وعن الشافعي وأحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع دينين خلا فاذا أحدهما حر
(ولو جمع بين عبد ومدير أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن
عند الثلاثة وقال زرارة فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدير)
وأجمعوا أنه لو باع عبد دين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر (لزرارة اعتبار بالفصل الاول)
وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل عن كل بجماع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو
يوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمال
(ولهما) في الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل الفساد وبعد تفصيل الثمن يقتصر الفساد وهو
عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه حينئذ لا موجب لأن كلامهم ما قد انفصل عن
الآخر بتفصيل الثمن ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدا
وصار كما لو جمع بين أخته واجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم عن كل منهما لأن الفساد
حينئذ في القن لجهالة ثمنه (ولا ي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع
بين الاجنبية وأخته والمدير والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة)

(٢٩ - فتح القدير خامس) فيما يصح فيه فكان شرطًا فاسدا وفيه نظر أما أولا فلانه اذا بين عن كل واحد منهما كانت
الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطًا للبيع في العبد وأما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة
لا أحد المتعاقدين أو للعقود عليه حتى يكون في معنى الربا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للعقود عليه فلا يكون شرطًا
فاسدا وأما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطًا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لا يتضرر البائع بقبول العقد
في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدير وأجيب عن الاول بأن الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر
البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البيوع وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بألف والحر ليس بمال
بقابله بدل فكأنه قال بعث هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم الى خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربا

وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين ونتم جواب
 زفر عن التسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع
 وقوله أما البيع في هو لا متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد وأراد به هؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت
 العقد لقيام المالية فانهم باع اعتبار (٢٢٦) الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحا

لقوله موقوف فان البيع
 في عبد الغير موقوف على
 اجازته وفي المكاتب على
 رضاه في أصح الروايتين
 وفي المدبر على قضاء القاضي
 وكذا إذا قضى القاضي
 يجوز بيع أم الولد نفذ عند
 أبي حنيفة وأبي يوسف
 رحمه الله خلافا لمحمد بناء
 على أن الإجماع اللاحق
 يرفع الاختلاف السابق
 عنده فيكون القضاء على
 خلاف الإجماع فلا ينفذ
 وعندهما لا يرفع فيكون
 القضاء في فصل مجتهد فيه
 فينفذ فقد عرف ذلك في
 أصول الفقه فان قيل كيف
 يصح قوله موقوف وقد قال
 في أول الباب وبيع أم الولد
 والمدبر والمكاتب باطل
 فالجواب أنه باطل إذا لم يجز
 المكاتب ولم يقض القاضي
 يجوز بيع المدبر وأم الولد
 يدل على ذلك تمام كلامه
 هناك ويجوز أن يكون
 توضيحا لقيام المالية فان
 الاجازة وقضاء القاضي
 لا ينفذ في غير محله وإذا نفذ
 ههنا عرفنا التحلية فيها ولا محل
 للبيع إلا بقيام المالية فعرفنا
 أنهم دخلوا في العقد فكان

فكان القبول في الحر شرط البيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشرط
 الفاسد وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد
 الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة
 وأبي يوسف رحمه الله لأن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا
 إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في
 غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان من كل واحد فيه
 بدليل أنه ليس للقبول أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرط في بيعه إلا آخر فقد شرط
 في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فينبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط
 الفاسد أما بيع هؤلاء موقوف) على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الأصح خلافا لما روى عن أبي
 حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين
 في أم الولد أيضا فدخلت أيضا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (الأن المالك) أي مالك العبد
 المضموم إلى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده
 فيما قبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندها خلافا لمحمد وهو بناء على أن إجماع
 التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند
 محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما انظرا إلى الخلاف وعنده لا نظر إلى الإجماع وارتفاع
 الخلاف مع أن قول عبيدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدلي رأيي أنهن يبعن فقال رأيك في الجماعة أحب
 إلي من رأيك وحده ظاهري أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم الأعلى وقد ذكرنا كراخي
 رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والجارية إذا باعها بثمن مؤجل كما سيجي في الصرف فاستدلوا
 به على رجوعه في هذه المسائل إذا الفرق بينهما لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين
 متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالمجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في
 متروكهما والاجتهاد أجيب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر
 بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد
 الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده
 لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار إفظ البيع وما في الذخيرة أن البائع إذا فصل
 الثمن وسمى لكل ثمن على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو على قول أبي حنيفة وأورد من
 قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسداً أجيب بمنع اشتراط
 النفع في إفساد الشرط أولا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم
 والحر ليس بمال فيكون بدله خالي عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة
 إلى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح وإذا خرجوا بعد دخولهم
 لا يكون فيه بيع بالحصصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه

الواحد أن لا يكون العقد فيهما فاسداً لأن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا
 أي الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء
 فلم يمنع من الصحة وهذا أي الجمع بين القن واحداً المذكورين لا يكون شرطاً لقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم
 في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان من كل واحد من العبد والمدبر فيه أي فيما إذا جع بين القن والمدبر

فصل في أحكامه وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثراً ثابتاً به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بأذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتيب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً وإن اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الأذن في القبض أعم من كونه صريحاً أو دلالة والمعنى بدلالة الأذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فإن لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقاً وقد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سندها وقوله ملك المبيع هو قول عامة (٢٢٧) المشايخ سوى أهل العراق فإنهم يقولون

المبيع في البيع الفاسد
مملوك التصرف لا مملوك
العين وقد تقدم الكلام
فيه (وقال الشافعي رحمه
الله القبض في البيع الفاسد
لا يفيد الملك لأنه محظور)
والمحظور (لا تنال به نعمة
الملك) لأن المناسبة بين
الأسباب والمسببات لا بد منها
(ولأن النهي نسخ للشرعية
للتضاد) بين النهي والشرعية
إذا نهى بقضي القبح
والشرعية تقتضي الحسن
وبينهما منافاة والمنسوخ
الشرعية لا يفيد حكماً
شريعياً (ولهذا لا يفيد قبل
القبض وصار كما إذا باع
الخمر بالدرهم) أو الدنانير أو
بالمئة وقبضها المشتري فإنه
لا يفيد الملك وإنما أن البيع
الفاسد مشروع بأصله

فصل في أحكامه وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته (وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للشرعية والتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما إذا باع بالمئة أو باع الخمر بالدرهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية

وحده وتجب حصة الآخر من الثمن وإذا كان المدبر ومأموره محلاً للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع **فروع** في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح وقال الحلواني يفسد فيه ما تم رجوع وقال جازي في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع كرمافيه مسجد قديم إن كان عامراً يفسد البيع والألا وكذا في المقبرة ولو اشترى داراً فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى داراً بطريقها ثم استحق الطريق إن شاء أمسكها بخصتها وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطاً بها وإن كان متميزاً لزمه الدار بخصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المتن إذا لم يكن الطريق محدوداً فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع فسد في الكل وكذا لو كان مهودوماً وأرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد إلا أن كان من ريعه معلوم يعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جازاً للبيع

فصل في أحكامه قال (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحاً أو دلالة كما سيأتي (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى أن لزوم القيمة عيناً إنما هو بعد هلاك المبيع في يده أو ما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وإن قبض لأنه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للشرعية للتضاد) بين الشرعية والنهي والمراد أن النهي يتضمن انتفاء الشرعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعاً ثبت قبضه كما في البيع الصحيح (وصار كما إذا باع الخمر بالمئة أو باع الخمر بالدرهم) فإن الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك إلا لانتفاء مشروعية السبب (ولنا أن ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الأهلية ولا في المحلية

فصل في أحكامه
(قوله والبيع عندنا الخ)
أقول أي ما يطلق عليه
لفظ البيع (قوله غير
ما مر) أقول في أول البيع

(قوله بخلاف الصريح) أقول هنا نوع مسامحة (قوله وقد أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال لا يتحقق ركن البيع الخ) (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول تخميناً وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال لا يتحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل البيع الفاسد قال المصنف (ولأن النهي نسخ للشرعية) أقول جوابه وبالله العون إن أراد بالشرعية ترتب الثمرات المطلوبة من المنهي عنه عليه شرعاً فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والشرعية بهذا المعنى كيف وهو أول المسئلة وإن أراد بها المأذونية شرعاً فسلم ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعاً انتفاء ترتيب الأحكام فليتأمل (قوله أو بالمئة) أقول ظاهره عطف على الدرهم فلا يوافق المتن إذا لم يخصص فيه للمئة بجعله ثمناً للخمر بل عام (قوله ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلازم بين كلاميه فليتأمل

لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله اذ الكلام في ان لاخلال في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلي بين أن يترك باختياره فيثاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فبعلناه في وصفه مجاورا كافي البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم واعتراض بان (٢٢٨) المحذور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به

وصفا فلا يكون قوله كافي
البيع وقت النداء صححا
وأيا الحكم هناك الكراهة
وفي المتنازع فيه الفساد
وأوجب بأن غرض المصنف
من ذكر المجاورة بيان ان
المحذور ليس لمعنى في عين
النهي عنه كإزعمه الخصم
والمجاور جمعوا المتصل وصفا
سيان في ذلك وبان غرضه
ان حكم النهي عنه ليس
البطلان كما يدعيه الخصم
والكراهة والفساد يشتركان
في عدم البطلان طالع
التقرير تطلع على ذلك

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وإنما المحذور ما يجاوره كافي البيع وقت النداء

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أى الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قوله (نعمة) الملك لا تنال بالمحذور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذ انهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأينا أنه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للعصية بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه بثبت حكمه وبمعنى به وقوله النهي نسخ للمشروعية بمعنى يفيد انتفاء هامع الوصف فنقول ما تريد بانه فاه مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهي كما أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حيث مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزأ الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حيث لا فائدة له التحريم والتأنيب وهو موضوع النهي فانه للتحريم أول كراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على انجر أو المينة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما متميزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسدا أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير بان شاء الله تعالى وكفانيه وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور) يريدون ان النهي عن الامر الشرعى يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضى تصور النهي عنه والالم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضى تصور النهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصور مشروعية أى ما دون فاقبه شرعا ممنوع وان قالوا زيد تصور مشروعية بأصله لا مع هذا الوصف الذى هو مثير للنهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا اذ نسلم انه مشروع بأصله أعنى ما لم يقرب بالوصف وهو مفقود فلا يجدى شيئا وحيث ذفقوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذى ليس فيه الوصف الذى هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذى ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذى ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا وأما قوله وإنما المحذور ما يجاوره كافي البيع وقت النداء فالمراد ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع

قال المصنف (وركنه مبادلة
المال بالمال) أقول يعنى
حقيقته والافركنه
الايجاب والقبول أو مادل
على ذلك قال المصنف
(وفيه الكلام) أقول
أى الكلام مفروض فيما
اذا كان في العقد عوضان
هما مالان قال المصنف
(والنهي) أقول معارضة
للدليل الثانى قال المصنف
(يقرر المشروعية) أقول
بمعنى ترتب الاحكام المطلوبة
منه عليه شرعا لا بمعنى

المأذونة شرعا قال المصنف (لاقتضائه التصور الخ) أقول يعنى تصور موجود شرعا تصورا مطابقا وقت
للاواقع فاذا كان موجودا شرعا يرتب عليه الآثار والاحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجى على ما بين في موضعه قال المصنف
(فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أى مأذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة
الى الجواب عن دليل الشافعى والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب المذكور (قوله قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أى
عن المشروعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي) أقول قوله مقتضى النهي حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفسد قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهم مأمون مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلا أن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أو لى اكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بأنه لو لم يفسد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالمبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبأنه لو افاد بعد القبض كان تقرير الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والارم أن يكون الشيء مع غيره كاشي لامع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على ان الخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كاشي لامع غيره لان الشرط أهدر الغرأ عن القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد (٢٢٩) القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض

بوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لا يجمع البذلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمانيات لا تعتبر بها (قوله ولان السبب) دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد (قد ضعف لمكان اقترانه بالبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم) لان للقبض شبهة بالايجاب فصار كأنه ايجاب البيع الفاسد اذاد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والمينة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والمينة ليست بمال فانه عدم الركن ولو كان الخمر ممتنا فقد خرب جناه وشي آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح تمثالا ممتنا

وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور بفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا اني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخمر يراعى المال في شريعتنا فان الشارع أهانهم ما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انها مقصودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ ذنبه ان يصير خمر او ياتعها وأكل غنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا ان نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم باهاو بيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خمر أو خمر يراعى بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البذل الا آخر وان كان ثمتنا وان كان في بيعهم فصحيح والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدره وانما اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فواجه تراخيه عنه الى وقت القبض فأجاب وحاصل الوجه فيه اننا قد أريناك انه بسبب محذور وان ما هو بسبب محذور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الخائض فوجب ذلك في البيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فأخبرناه الى القبض فانه بهتأ كد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله (كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) أي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوده مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر ممتنا فقد خرب جناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازها وقوله (وشي آخر) أي وجه

البيع بالمينة وتقريره ان المينة ليست بمال ومال ليس بمال لا يجوز فيه البيع لقوات ركنه ولو كان الخمر ممتنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خرب جناه يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخمر يراعى كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر ممتنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شيء آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر بوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة ممتنا لان كل عين يقابلها الدراهم أو الدنانير في البيع هو ممتن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات

(قوله لانهم مأمون مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما في رعي غنينا (قوله والجواب عن الاول انه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كالأعلى السند (قوله لان الشرط أهدر الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهدر الغير أيضا (قوله فان القبض بوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم فمنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البديلين في ملك شخص ولو صح ما ذكره ملك المغصوب بالقبض لخريان ما ذكره فيه فليست مل فان جواب النقص يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكم المعاوضة والمقام بعد محل كلام

فالقول به تغيير للشروع فكنا بطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضرة قبل الافتراق ولم ينه فانه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماء الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق فيكتفي به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح (٣٣٠) يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بأن العقد اذا وقع فاسدا لم

يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت مقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق لحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت غنما أو ممتنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان

ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن

آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسليمها والقيمة لا تكون الا دراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيام مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود غن لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وغمنا والخمر قد قبلت بالدراهم فاذا انزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وغمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آ الى الصرف فتكون القيمة مبيعا وغمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا) اجتره (قبضه في مجلس العقد) ولم يمنع البائع (استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه عليك ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا تسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرد لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكتفي فيه بكون التسليط الذي يثبت مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرة ولم ينه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهنداوي انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما عليه البائع بالقبض أخذ من اطلاق سيأتي وأما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذالم ينقد الثمن أو كان الثمن خراما مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبد من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان ودبعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن) كلها باطلة لعدم

المال

(قوله باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن أقول في حصول الاشارة بما ذكره خفاء واصل مراده

هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغي أن تكون الكاف زائدة على ما يدل عليه تفسيره الاذن دلالة في أول الفصل (قوله والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت مقتضى) أقول في التفريع كلام فان للبيع الفاسد وجودا شرعيا ولا يكتفي بذلك في ثبوت مقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت مقتضى يعني يجب اعدامه شرعا فلم يثبت مقتضى شرعا قال المصنف (ليحقق ركن البيع) أقول يعني ليظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل في معنى العام للبطل أيضا

وقوله أى قول القيد وري لزمته فتمنه معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعديدات المتفاوتة فأما في ذوات الامثال كالكليات والموزونات والعديدات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد الخ) لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعاً للفساد سواء كان قبل القبض (٢٣١) أو بعده أما اذا كان قبل القبض

فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعاً من ان يفد الحكم وأما اذا كان بعده فلا يجوز له ان يكون الفساد في صلب العقد أى لمعنى في أحد البديلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو بشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع الى النور والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أى حنيفة ومحمد رحمه الله لقوة الفساد وعند أى يوسف بحضرة وغيبته وأن كان الثانى فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض وأما اذا كان بعده فللذى له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص وأما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل بطلب في شرح الطحاوى قبل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لا يكون لأحد المتعاقدين حق الفسخ

وقوله لزمته فتمنه في ذوات القيم فأما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعاً للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا أنه لم يتحقق المراعاة في حق من له الشرط

المال في العوض وقيد بنفي الثمن لانهم لو سكتا عن الثمن فلم يذكرا بنفي ولا اثبات انعقد فاسداً ويثبت المالك بالقبض موجباً للقيمة لان مطابق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه ب قيمته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعنى يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فأنلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم أنلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا في الكافي وهذا (في ذوات القيم فأما في ذوات الامثال فيلزمه المثل) ومنها العديدات المتقاربة (لانه مضمون بنفسه) أى بالقيمة واحترزه عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبيسة فيه ينهى البائع (قوله) ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفعاً للفساد أى للعصية فرفعه حق لله تعالى فان نفس العقد مكره والحري على موجهه بالتصرف في المبيع عليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو كل كذلك أى بكره لمساقيه من تقرير المعصية وهى كراهة التحريم والوجه أن يكون حراماً لان الاجماع على منعه شرعاً قطعى بوجوب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو المثل كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فلكل كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند أى يوسف بغير حضرة أيضاً لم يحكم المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فلكل واحد ذلك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه بقدر أن يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد أبطل حقه لا قدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقاً للشرع فانتفى الزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص أما اذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة منوالة من الاصل أولاً ومنفصلة كذلك أو انتقص بأففة سماوية أو بفعل الغير بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً فسنذكره وقوله (الا أنه) الى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان

لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخه وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقاً للشرع فانتفى الزوم عن العقد وفى العقد الغيب لا لازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول فذلك لقوة الفساد الا انه عدل عنه الى ما يرى بعد المسافة عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بحضرة صاحبه فليست بر (قوله فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يخفى عليك ان الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله في تقريره كما تظاهرة

كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشرء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقص كالاتفاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بأن المبيع لو كان ما كولا لم يحل أكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكروه في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا وأجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك وذكروه في شرح الطحاوي بحمل على عدم الطيب ولتنسب لم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدل لانه أولى وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفل عن صفة الحل واذا كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بأن الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالا عذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكروه في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع (٢٣٣) يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على

قال (فان باعه المشتري نفذ بيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع بأصله دون ووصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع

قوي بانبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فأجاب بأن القياس ذلك الا أنه لما لم يتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شرءا فاسدا بيعا صحيحا (نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول في (الاسترداد لتعلق حق العبد) (العقد الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عند مراضة حق الله تعالى (يقدم) باذن الله اغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقة ولا ينقض بالصيد اذا حرم مالكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانه قول الواجب عليه اطلاقه لا اخلاله عن ملكه فبطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقيقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فكمالمشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ولو قبل المشتري الثاني أيضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع بأصله لا وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) أي البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن في القبض تسليط على

الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بأن ملك الوارث في حكم عين ما كان للورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقص فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما اذا أوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له سبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصى ولهذا لا يرد بالعيب

التصرف

فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فإنه يجب

عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقيقين لا مكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فإنه انما صار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع بأصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفساد عندنا والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه اذا خلل فيه لافي ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفساد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل وفوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فإنه نقض ما تم من جهته والجواب اننا انسلم التمام فيه فان كلاما من المتعاقدين يملك الفسخ فحين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهت ملكه وهذا لا يملك الفسخ والمنهى مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامنه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

(قوله كذا في الذخيرة والايضاح والكافي) أقول وهو ظاهر كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليلهما من القوة (قوله وكل من ملك بالقبض) أقول ليس في تفسيره بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول لعل المراد من جواز التصرف هو أن يترتب عليه الاثر كثبوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرهاتعلق حقه به الكن للشفيع أن ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما للأخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنه وأما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليم من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا الان التسليم انما يثبت بالاذن أو باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد (٢٣٣) من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن

بـخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهم ماحق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدًا بخرم أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لماذا كرنأ أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتناق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على مامر والكتابة والرهن نظير البيع لانهم مالا زمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

(٣٠ - فتح القدير خامس) المانع وهو تعلق حق العبد قبل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد فائدة رائدة فإنه ثابت في جميع الصور إذا نفّض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لغود قديم ملكه إليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور وإنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما إذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى العين كما إذا قضى على الغائب بقيمة المغيصوب الآخر ثم عاد

(قوله وهذا) أى انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بمخلاف الاجارة) فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا
(انها تفسخ بالا عذار ورفع الفساد) من أقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا (٣٣٤)

ولعمل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قال في النهاية أى القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما أخذ البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة وهذا الحكم بآب في الاجارة الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كافي الرهن لكنه بفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وها هنا المبيع مضمون بجميع قيمته كافي الغصب (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من أن للمشتري حق منع البائع من المبيع الى أن يأخذ ما أذى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمترحم فان الراهن اذ مات وله ورثة وغرماء فالمترحم أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين

وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالا عذار ورفع الفساد عذر ولا تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن

في الهبة ولو بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا أبقى فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لملكه أخذه لما قلنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أجز المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالا عذار ورفع الفساد عذر ولان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعا) عن العقد عليها والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يقوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كالألوز وجه البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم قبول ثمنها معه يتاخير أنه اذا ظفر به اله وطوها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا وأخذ المشتري الارش أو ولدت الجارية وأخذ موهوب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كافي الغصب ولو صبغه فعن محمد رجه الله بخير البائع بين أخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمن قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لوفعه له الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذ كر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالحياطة والصبغ ونقصاته بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بأففة سمويه لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الارش من المشتري وان شاء أخذه من الجاني وفي قتل الأجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمنع الرثمنه ولا الاسترداد من البائع فلو رد أو استرد لزمه العسر للبائع أما ان تلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعنى القيمة التي أخذها من المشتري وليس بالارز بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضى به عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائر اذا تفاخرا فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها المؤجر وكذا المترحم حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البديلين (ولومات البائع) بيعا فاسدا أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذا قال في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى فما فضل للغرماء بخلاف ما اذا مات المحمّل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحمّل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجب ثبوت الحق مع اليد لا بمجرد الحق

ولا

(قوله بل المراد به ما أخذ البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول فيه بحث

(ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها لانها) فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين والقبض الفاسد - وهو بيع دراهم بدرهم الى أجل في تعين المقبوض للرد على الرايتين وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونها مأمومة لا على وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها اذا كانت قائمة (وان كانت مستهلكة أخذ مثلها ما بينا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وكذا في الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة) (٢٣٥) وقال أبو يوسف ومحمد بن قيس بنقض البناء وترد

الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها وز كرفي الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرامع أبي حنيفة (اهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء) أو الرضا (ويبطل بالتأخير) ولا يورث (بمخلاف حق البائع) فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع يباع فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالأقوى لا يبطل به وهو بدعي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس حق البائع كذلك (ولا يبي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشتري (بمخلاف الشفيع اذا تسليط لم يوجد منه) ولهذا وهو المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا

ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها ما بينا قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية (وقال ابن قيس البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا بينائيه

ولا يلد للحيثال (ثم ان كانت دراهم الثمن) التي دفعها (قائمة بأخذها) المشتري (بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنه لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتي ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضي خان وذكر في الفوائد الظهيرية ونحو الاسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عمدا دفعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد بن قيس البناء) ويقال الغرس (وتسترد الدار لهما أن حق الشفيع) في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) يباع فاسدا في الاسترداد دليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملاك في الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (والاتفاق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل به ما ثبت بدلالة ثبوته (ولا يبي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط البائع فيقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بمخلاف حق الشفيع فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعنى البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في

لوبياعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن أو بالاول بالقيمة وان كان لشفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير يثبت أن قوله مما يقصده الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما أدخله فيها إشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصدهما الدوام واعلم ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهيا مقرر لانه لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان منهيا للمالك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانه قطع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بأنه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى

(قوله والقبض الفاسد الى قوله على الرايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الرايتين خبره

لان فيه اعدام الفاسد واذا توكل ما ذكر فليس يواردا اذا البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانفتحت
الاولوية وبطلت الملازمة واعترض أيضا بانه اذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود مقتضى وهو العقد
الفساد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بغير عيب او رد عليه المبيع بما هو فاسخ واجيب بوجود مانع آخر فان المانع
من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ابقاء حق الشفيع
فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجب أن يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع
روى وجوب القيمة في هذه المسئلة (٢٣٦) عن أبي حنيفة ويعقوب رجهما الله ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن

أبي حنيفة لافي مذهبه
والدليل على ان مذهبه
ذلك تنصيص محمد رجه الله
على الاختلاف في كتاب
الشفعة أن عند أبي حنيفة
للشفيع الشفعة في هذه
الدار التي اشتراها المشتري
شراء فاسدا وبني فيها أو غرس
وعندهما لا شفعة للشفيع
فيه أو حق استحقاق الشفعة
مبنى على انقطاع حق البائع
في الاسترداد بالبناء والغرس
وثبوت مختلف فيه فمن قال
بثبوت قال بانقطاع حق
البائع ومن قال بانتفائه قال
بعدم انقطاع حق البائع
لان وجود المزموم بدون لازمه
محال وعلى هذا فمن حفظ
مذهب أبي حنيفة في ثبوت
الشفعة لا يشك في مذهبه
في انقطاع حق البائع في
الاسترداد فلم يبق الشك
الافي روايته عنه لمحمد
رحمهم الله قال شمس الأئمة
السرخسي هذه المسئلة هي
المسئلة الثالثة التي جرت
المحاوره فيها بين أبي يوسف

وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رجه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة
فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوتيه على الاختلاف

الجامع فقول المصنف (وشك يعقوب رجه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك قالوا انه شك
في حفظ الرواية عنه لافي مذهبه يعني أن مذهبه معروفا انه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على
المشتري (فان محمد انص على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فانه قال اذا بنى في الدار المشتراة شراء
فاسدا فلا شفيع الشفعة عند أبي حنيفة رجه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبي
حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بيعا فاسدا مبنى على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلو لا
قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد
مارويت لك عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لي أنه يأخذ
قيمتها صريح في الانكار لافي الشك وصرح في أنه ينقل عن أبي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف
وقول المصنف (فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوتيه على الاختلاف) معناه
أن حق الشفعة وجودا وعدمه مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدمه فوجوده مبنى على عدمه
وعدمه مبنى على وجوده وعلى هذا فنبتوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوتيه
بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبنى والمعنى ثبوت حق الشفعة مبنى على انقطاع
حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه ينقطع
وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والا قرب أن الوجود ثبوت انقطاع
حق البائع في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه
به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم وعنده ينقطع فلا يسترد وانفتحت الروايات ان طلب
حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء وأورد على أبي حنيفة
لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير للفساد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى
وفيه اعدام الفساد أجيب بمنع الملازمة فان البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض
لأجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغرس لأجل الشفيع ينبغى أن
يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد أجيب بأن المانع من الاسترداد انما يزول
بعدم ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما للملكه اذا وقولهما وجه لأن قول أبي حنيفة
ان البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا فان قال
المستأجر يعلم أنه يكاف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا أيضا يكلف

ومحمد قال أبو يوسف مارويت عن أبي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه القلع
انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب أبي حنيفة كذا وانما قال مارويت وفيه تأمل ولما
كان هذا الموضوع محتاجا الى توكيد كرر المصنف قوله (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع
الصغير والراوى في الجامع الصغير عنه محمد لانه تصنيقه الا اذا أريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد

(قوله وفيه تأمل) أقول لانه انما قال مارويت لان النزاع كان في الرواية لافي المذهب فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضا بل لا يبعد
أن يقال ذلك هو الظاهر ثم قوله (مارويت) صريح في نفي الرواية لافي الشك فيها الا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدرهم والدنانير ونوع يتعين كخلافهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاول (٧٣٣) فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني

يؤثر فيهما جميعا واذ اظهر هذا فن اشترى جارية ببيع فاسدا وتقا بضاعها ورجح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا ورجح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعين فمتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدرهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعين فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بـ درهمين كان له ان يتركها او يدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لاعلى الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المعصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم واذا ضمانها واشترى بها شيئا وباعه ورجح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند أبي حنيفة ومحمد

(قوله وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي

قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا بضاعها ورجح فيها تصدق بالربح وبطبيب البائع ما ربح في الثمن) والفرق ان الجارية مما يتعين فمتعلق العقد بها فيمكن الخبث في الربح والدرهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق

القاع عندنا وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقص ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الامدة وما تاملت دليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب لأن ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي بني فلا يستحق بجانيته وفعله المقر له نصيبه ان يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جناية منه فانه جل وعلا اذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا بضاعها) المشتري (وربح فيها تصدق بالربح وبطبيب البائع ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والاصل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدرهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البذل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب أو المودع اذا تصرف في المعصوب والوديعة وهما عرض أو نقد أو ديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بعمله في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمعصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المعصوبة أو نقد الثمن ان اشار الى الدراهم المعصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهي عن الربا والريسة فلا يتعدى والاعتبار ما دونها كشبهة شبهة الشبهة وهو لم يفسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال يتصدق المشتري بالربح فيها وبطبيب البائع ما ربح في الثمن ولا شك ان هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا تتعين النقود في البيع الفاسد أما على الرواية القائلة تتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا بطبيب وقد ذكر المصنف أن رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصديق على البائع أيضا بربح في الثمن غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طبيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه محمدا عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية ببيع فاسد بألف وتقا بضاعها ورجح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح وبطبيب الربح الذي قبض الدراهم وحينئذ لا يصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف (لا تتعين في العقود) أي عقود البياعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احتراز به عن الوديعة والغصب والشركة انما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف بطبيب الربح مطلقا لأن عنده شرط الطبيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا بطبيب في الكل لأن الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يجبسها ويعطي مثلها عندهما

انها لا تتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعين سواء كان في المعصوب أو ثمن المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لاعلى الاصح وهي التي تقدمت الخ) أقول يعني تقدم ذكرها بورقة تخميننا بقوله ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة باخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعين على رواية أبي سليمان وهو الاصح

لان الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتبعين وفيما لا يتبعين وقال أبو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطبيب الضمان والفرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتبعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتبعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان أشار اليها ونقد منها وأشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع عننا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بملك الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بملك الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتبعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن عما هو ملك الغير من كل وجه بل عما له فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتبعين الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بملك الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل عما له فيه شائبة ملك والشبهة هي المعبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى أن النبي صلى (٢٣٨) الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة

معبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضا داخل في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لا تعتبر مادونها أيضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لا ينسب باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فسادونها قال (وكذلك اذا ادعى الخ) رجل قال لا أخلى عليك ألف درهم فاقضها ففرضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى ورجح طاب له الربح ولا يجب التصديق به لان الخبث فيه

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتبعين حقيقة وفيما لا يتبعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعبرة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا فضاء اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقدر ربح المدعى في الدراهم يطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق بمملوك فلا يعمل فيما لا يتبعين

(قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر ما لا فضاء ثم تصادقا انه لم يكن له عليه شيء وقدر ربح المدعى في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية) أي بالاقرار وعند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق بمملوك) أي ملكه فسادا سواء كان عيننا أو ديننا أما عيننا فبديل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحققت الجارية بصرح عتق العبد فلولم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فسادا فيما لا يتبعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضي بخان بدل المستحق بمملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبد الغريم بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنت لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنت وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تممكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لا يملكه أصلا لانه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادقا (فصل

لملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البديل عن الملك لان بدل المستحق بمملوك به اذا كان عيننا يتبعين كما اذا اشترى عبدا بجارية وأعتقه فاستحققت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق بمملوكا لم تنفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتبعين أولى لكنه يفسد الملك اذا استحقاق قصدا في مقابلة لافيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتبعين

(قوله لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استشهد كل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذار ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما يثبت الملك مستندا بالضمان وفي المستند شبهة عدم وشبهة عدم ملحقه بحقيقة عدم فيما يتبعين على الشبهات والصدقة تقتضي عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب المعصوب لا طيب الربح الحاصل منه لأنه بالنسبة اليه كعدمه ونحن نقول فعلى هذا يكون في ربح المعصوب المضمون شبهة الخبث وفي ربح الدرهم المعصوب المضمون شبهة الشبهة اذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاها في الكلام حيث لا يخرج به الى الحقيقة فليتامل

فصل فيما يكره فيل المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبة فلذلك الحق به وأخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لا مراً مجاوراً كان مكروهاً وإذا كان بوصف (٢٣٩) متصل كان فاسداً وقد قررناه

في التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التجش) بفتحين (وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجرى في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لا تناجشوا) أي لا تنفعوا ذلك وسبب ذلك إيقاع رجل فيه بزيادة من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكرهاً وظاهر من هذا أن الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكرهاً لا تنفع الخداع (ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نفي في معنى النهي فيفيد الشريعة وصورته أن يفساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضياً بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فإنه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الإيجاش والاضرار وهما قبيحان ينافيان عن البيع فكان مكرهاً إذا جئنا البائع إلى البيع بما طلب به الأول من

فصل فيما يكره قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تناجشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيجاشاً وضرراً وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ غش في المساومة فاما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه محمول النهي في النكاح أيضاً قال (وعن ثاقب الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد

فصل فيما يكره لما كان دون الفاسد آخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والافهذه الكراهات كلها محرمة لا تعلم خلافاً في الأثم ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسداً وتلقى الجلب إذا لبس باطلاً أو ثبت له الخيار وهذا لأن النهي مطلقه للتحريم الإلصاف وهذه المعاني المذكورة سبباً للنهي ثبوت كذا المنع لا تصرفه عنه فإن في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة له عداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جى به في زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرراً عاماً للمسلمين وأهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك أو منعقداً ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاوراً أو لازماً لا يتنى ما ذكرنا إذا اصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطء لأن أو الفساد على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التماسخ للعصية مباشرة المنهى عنه ويعلم أن البطل منه بالقبض وتأخر الملاك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع العصية برفعها ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكرهاً وعلى اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتاً جعلته فاسداً (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغير بالسلم ظاهراً أما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره إذا كان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقى الركان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد والتجش بفتحين ويروى بسكون الجيم (قوله وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقى الركان إلى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مشيئة وهو ما فيه من الإيجاش والاضرار بشرطه وهو أن يتراضيا بتمن ويقع الركون به فيجوز آخره دفع المالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيدفعه منه لوجاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجوز آخره دفع المالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيدفعه منه لوجاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعاً للبيع والشراء مجازاً لا يحتاج إلى ذلك لولم يرد حديث الاستيلاء وكذا المحله في الخطبة فإن لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سنده ذكر (قوله وعن ثاقب الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس

الثمن وكذلك في النكاح أما إذا لم يجنح فلا بأس بذلك لأنه بيع من يزيد وقد روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحاً وحلماً ببيع من يزيد قال وعن ثاقب الجلب أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب أي المجلوب

فصل فيما يكره

وصورته المصري أنجر عجي قافلة بغير قتلهاهم واشترى الجميع وأدخله المصري لبيعه على ما أراد فذلك لا يخلو إما أن يضر بأهل البلد أولا والثاني لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أولا فان كان الاول بان كان أهل المصر في حط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضيق المجاور المنفك وان كان الثاني فقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره والا فلا بأس بذلك (قال ويبيع الحاضر للبادي) أي ونهى عليه الصلاة والسلام (٣٤٠) عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر للبادي وصورته

الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر ويبعه من أهل البادية بثمن غال فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في حط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا تكون الام للبادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا الى اللام أن يتولى المصري البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة قال (والبيع عند أذان الجمعة) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منها باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه) بيان لقبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا أو وقفائبا يعان وأما اذا تباعا عيشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أي المذکور من أول الفصل الى هنا مكروه لما ذكرنا لافساد لان الفساد أي القبح لا يخرج زائد

فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فينبذ بكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان أهل البلد في حط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال (وكل ذلك بكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وللتلقي صورتان احدهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبيعه ومن أهل البلد زيادة وثانيهما أن يشتري منهم بآرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فرأهم فاشتري في معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى اذا لم يلبس وعندنا محمل النهي اذا كان يضر بأهل البلد أو لبس أما اذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه ومحمل النهي (اذا كان أهل البلد في عوز) أي حاجة (أو حط وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلواني هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت انا أعلم بذلك منك فيتموكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير أصح كره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائزة فالعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه السمسار (قوله والبيع عند أذان الجمعة قال تعالى) اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة الى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفضى الى (الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله (كل ذلك بكره) أي كل ما ذكرناه من أول الفصل الى هنا بكره أي لا يحل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علماءنا حتى يجب الثمن ويثبت المالك قبل القبض وهو قول الشافعي لكنه ثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه وقد مرنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجس وكذا يبيع الحاضر للبادي وبه قال أحمد وعمل الصحة (بأن الفساد) فيه (في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) واستشكك في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الا أن يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما

عندنا

أي مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

قال المصنف (والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذكر في النهاية انه ما اذا تباعا عواما عيشيان فلا بأس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسروه - ذامش كل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي اه وفيه بحث

قال (ولابأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولأنه ببيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك كان أحدهما كبيرا) والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارد داردد

عندنا في ذلك (قوله ولا بأس ببيع من يزيد) وهو وصفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة (لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الأنصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم بسأله فقال له أما في بيتك شيء قال بلى جلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فأتاها بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا أخذتهما بدرهم فقال من يزيد علي درهم مرتين أو ثلثا فقال رجل أنا بدرهمين فأعطاهما أباه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري وقال اشتربا أحدهما طعاما فانبذه إلى أهالك واشتر بالآخر فأسألتني به فأتاها به فشده فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبيع ولا أرينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وبعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجيء المسئلة تسكتة في وجهك يوم القيامة إن المسئلة لا تصلح إلا لثلاثة لذي فقر مدقع أو لذي غرم مقطوع أو لذي دم موجع وأخرجه الترمذي مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقد حافين يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي وقد رواه غيره واحد عن الأخضر بن عجلان وقال في علمه الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الأخضر بن عجلان ثقة (قوله نوع منه) أي من البيع المكروه أي الذي لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريرية وانما فصله لأن الكراهة فيه لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع إليه أولا نهما مسائل يجمعهما معنى واحد هو التفريق بخلاف الأول (ومن ملك مملوكين) بأي سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان ببيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النبي مبالغة في المنع ولا يتطرق في الوصية إلى جواز أن يتأخر الموت إلى انقضاء زمان التحريم لأن ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه شيء بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ولا اختلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه أحمد بقصة وروى الحاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدته وولدها وقال اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لأن طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ وجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الآن في سوقها طولا علينا وأما حديث علي رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون ابن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذي

وتفسير ببيع من يزيد وروى أنس رضي الله عنه قد مر آتفا (نوع منه) أي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أو صغيرا كبيرا أحدهما ذورحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة (قوله ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لأن تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارد داردد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه الحديث) أقول قوله فرق الله الحديث يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والدته وولدها ويجوز أن يكون خبرا (قوله والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون ما مصدرية

ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني نكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استثناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهدا الكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد النبي على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك المرجحة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستثناس والمنع من التعاهد ترك المرجحة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استثناس وتعاهد يحصل بالقربة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما ذارحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للولي أو الصغير قصد فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمية بينهما أصلا حتى لو كان أحدهما أختا رضاعيا (٣٤٣) للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما ولدهم أو خال أو كان

أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص الثاني ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كافي الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورد ومورد الوالدة وولدها والاخوان فيل في كلام المصنف تناقض لانه علة بقوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقربة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب ما أشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استثناس وتعاهد

ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد به فكان في بيع أحدهما قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقربة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد

حديث حسن غريب وتعقبه أبو داود بان ميمونا لم يدرك عليا وهو على طريقه من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم علي النبي صلى الله عليه وسلم سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فأرتجعهما وبعهما جيمه ما فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفي ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبخاري وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف (ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد به) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرجحة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورأه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار حديثنا بنونس بن عبد الاعلى حديثنا بن وهب انبا ثامنا مالك بن أبي الخير الزبدي عن أبي قنبل عن عباد بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث أبي هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقربة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كعزم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورد) ومورد كان في المحرمية كافي الوالدة وولدها والاخوان فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها

يحصل بالقربة المحرمة للنكاح بدون ضرر للولي أو الصغير قصد فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لان لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمية ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بهما فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة

(قوله ووجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة في صحة الاستدلال بأدرك (الرد الى التكرار) نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته وولدها الحديث) أقول الدعوى عامة والحديث مخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عمًا أو خالا لمورد النص مشكلة ولا إشارة الى ذلك قال عسى

ولزم التزام القول بتخصيص العمل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا بره أو استولده ان كانت أمة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فان للولي أن يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث اذا كان المالك حرياً جاز للمسلم شراء أحدهما وكما يكره التفريق بالبيع بكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيراً وكبيراً جاز بيع أحدهما الكبير استحقاقاً وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراه ما ووجد أحدهما عيباً كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتناق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقاً جاز بيعه برضاه ورضاه أمه ولزم التفريق واذا تأملت ما مهد لك آنفاً ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرراً ما الاول فلا يبيع أحدهما لما امتنع لغنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود المالك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يحصل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثاني فلانه لو ألزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصداً وعاد على موضوعه بالنقض (٣٤٣) فان الحربي يدخلهم امداد الحرب فينشأ ن

فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صغره بينهم ان يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روى عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السلام عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للشترى فيتمتع بده دفع الاضرار عنه وأما في السادس فلا ان الاعتناق هو عين الجمع بأكل الوجوه لان المعتنق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو

ولا بد من اجتماعهما في ملكه ما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق من تحقق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لان النص ما روي الا في الوالدة والاخوين فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلالياً وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية لا قطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد أيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة تثبت في الحال والحالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء دين لزم الصغير كاستيلاء كمال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقه ورده وحده بعيب بحصته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعاً أو يسكنهما كما في مصر اعي الباب اذا وجد بأحدهما عيباً والرابعة أن يدبر أحدهما أو يستولدا لامة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون الحربي مستأمن فباع أحدهما فلمسلم ان يشتره مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للشترى والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حصل بيع أحد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما مال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالانحراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقاً فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الخاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا

حينئذ اضرار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ولا اعتبار بخبر وجهه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائه ما جيعامع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه وأما في السابع فلا أن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر فقيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلا تفريق فيه وأما السابع فن قيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذ كر الغير مطلقاً ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغريباً صغيراً أو كبيراً أوهما في مؤنته أو لا سواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحدهما اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الاسئلة وجوابها وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين أن يدفع أو يندى فكان الفداء أولى

قال المصنف (لا الاضرار به) أقول قال ابن الهمام أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث (قوله أو لزم التزام القول بتخصيص العمل) أقول فانه ظهر ان العلة هي الرحم المحرمة الغير المستلزم ضرراً بالمالك وبالصغير قصداً (قوله وأما الثالث فلا أن منع التفريق الخ) أقول فيه بحث

قال (فان فرق كرهه ذلك و جاز العدة الخ) فان فرق كرهه ذلك و اطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك و البيع جائز و عن أبي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوته و اضعف غيرها و عنه لا يجوز في جميع ذلك لما رويناه من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك و يزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك و الرد لا يكون الا في البيع الفاسد و لهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله و الكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء و هو مكروه لا فاسد كالاستيثار و الجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما

قال (فان فرق كرهه ذلك و جاز العدة الخ) فان فرق كرهه ذلك و اطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك و البيع جائز و عن أبي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوته و اضعف غيرها و عنه لا يجوز في جميع ذلك لما رويناه من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك و يزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك و الرد لا يكون الا في البيع الفاسد و لهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله و الكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء و هو مكروه لا فاسد كالاستيثار و الجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما

(قوله و اطلاق التفريق يدل الخ) أقول لا يخفى عليك ان قوله و جاز البيع يدل على التقييد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله و الجواب عن الحديث انه محمول الخ) أقول في أدرك و اردد (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول في أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخلو

التفريق كان الزام للضرر بالمالك و العلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمة غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عن من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عن من يخصصها و بهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ما قيل التدبير فانه يمكنه بيعهما و الانتفاع بهما و عن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه ان لم يشتد أحد يذهب به الى دار الحرب و مفسدة كونه هناك يشب و يكتل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين و الدنيا فالدين ظاهر و الدنيا تعريضه على القتل و السبي و السبي هلاك و يجي ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة و عدمه و عن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع و الاستبحاش و قد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه و بين واحد اختلفت جهة القرابة كالم و الخال أو أخت كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل و عن السابع بأن العتق و الكتابة عين الجمع لا التفريق فان المعتق و المكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حينما كان و أبنما صار و عن الثامن بانتفاء الضرر عنهم لما اختار ذلك فقد تحققنا خلوا الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشترع معه الحكم فالكل الى عدم العلة في الحقيقة و من صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذي عبد له امرأة أمه و ولدت منه فأسلم العبد و ولده صغير فانه يجبر الذي على بيع العبد و ابنه و ان كان تفريقا بينه و بين أمه لانه يصير مسلما بسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله فان فرق كرهه ذلك و جاز العدة) اذا كان المالك مسلما حرا أو مكاتباً أو أمة أو ذونا أما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرايع و الوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم و ان كان ممنعا في ملتهم لا يجوز (و عن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد و يجوز في غيرها و عنه انه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد و غيرها و هو قول أحمد لما رويناه من حديث علي رضي الله عنه و قول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما و ارتجعهما فان الامر بالادراك و الارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (و لهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله و الكراهة لمعنى مجاور) و النهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لو وصف لازم (فشابه كراهة الاستيثار) على سوم أخيه و حينئذ يجب تأويل الامر بالادراك و الارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقيله رغبة في ثواب الاقالة أو أن يبيع الاخ لا خر منه و اعلم أن مدة منع التفريق انما اعتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض و ذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي و التفريق ما لم يبلغ الغلام و الجارية و عن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لا تفرقوا بين الام و ولدها فقيل الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام و تحيض الجارية رفعه في المبسوط و هو قول الشافعي و في أظهر قوليه الى زمان التمييز ببيع أو ثمان بالتقريب و الى زمان سقوط الاسنان و الحديث المذكور ذكره الحاكم و صححه و خطأه صاحب التنقيح و قال الاشبه انه موضوع و سبه ان في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب و قيل رماه ابن المديني بالكذب غير أن الحكم المذكور و هو التفسير بقوله بعد البلوغ حكم ثابت شرعا و قال بعض مشايخنا اذا راهقا و رضيا بالتفريق فلا بأس به لانهم من أهل النظر لانفسهم ما و رعاير بان المصلحة في ذلك

(وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص وقد صح انه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أختين

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ماورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسبب المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكره الكن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودلهيم بن دهنم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم عليه السلام وهي مارية أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسل أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن أبي بلنعة إلى المقوقس إلى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين أحدهما أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهم بن قيس العبدى وهي أم زكريا بن جهم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده إلى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المقوقس ملك الاسكندرية فبثت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلني في منزله فأقمت عنده ثم بعثتني إلى وجمع بطارقه إلى أن قال وهذه هدايا أبعت بها معك إلى محمد فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهم بن حذيفة العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي باسناد له ان المقوقس أرسل إلى حاطب ليلة إلى أن قال فأرجع إلى صاحبك فقد أمرت بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبي وألف مثقال ذهباً وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك وأمرت بك بمائة دينار وخمسة أبواب فأرحل من عندي ولا تسمع منك القبط حرقوا واحداً فهداهم نوثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد أسلفنا نوثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبري عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب امهات المؤمنين فأنه أعلم بذلك وانما يتوب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارنا إلى أن قال فبثت بهم إلى أبي بكر وفيهم امرأة معها ابنة إمامنا من أحسن العرب فنفقتني أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فقلت هي لك ففدى بها أسارى مكة انتهى مختصراً بهذا التفريق وان كان من فعل أبي بكر لكن لا شك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهم الجارية ولم يردها إلى أمها بل أبعد دارها حين فدى بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله أعلم (وفروع) إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحد منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعم أو أخالة أو أخ جازي بيع من سوى الأم وروى هشام عن محمد أنهم لا يبيعون إلا معاً اعتباراً باختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الأم تغني عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والحدة كالأم فلو كان معه جد وعم وخالة جازي بيع العم والخالة ولو كان معه عم وخالة لم يباعوا ٣ إلا معاً باختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه أخوان أو إخوة كبار في رواية إلا ما لا يبيع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان شفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الأبعد مع الأقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ماورد به النص يشير إلى ان مراده فيما تقدم إلحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أختين روى ان أمير القبط أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة فذكر ان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سارية فولدت له إبراهيم وهي مارية ووهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسبب المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً أو مأموراً له وأما اذا كان كافراً فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرايع

باب الاقالة

(الاقالة) الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان الاقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرها بالهاهنا وهي من القيل لامن القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة (٣٤٦) ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحرر يرض عليها من الثواب إخبارا أو دعاء وكلأهما

لا يكون الا مشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو

باب الاقالة

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فمما كان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما

حقهما على ما كان رفعه لحاجتهما وشرطهما أن تكون بالثمن الاول (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل في ذلك ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعاً لما

أحدهما يغني وكذا لو ملك ستة أخوة ثلاثة كبار أو ثلاثة صغار أبيع مع كل صغير كبيراً جاز استحساناً فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصار أبو بن له ثم ملكوا جلة القياس أن يباع أحدهما لانهما لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطاً فصار الاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنس مختلفين كالأب والام والخالة والعممة لا يفرق ولكن يباع الكل أو عيسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ومثل الخالة والعممة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

جاز لكونه قبل القبض ببيعاً جديداً في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع داراً فسلم الشفعة ثم تقابلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخاً في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفاً فكانت في حق الشريكة ببيعاً جديداً وهذا لان لفظها ينبي عن الفسخ كما سنده ومعناها ينبي عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخاً أو بعبارة أخرى ائتمال لا أحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى

باب الاقالة

مناسبتها الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسداً أو مكروهاً وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صوناً لهم ما عن المحذور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التماسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضاً الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فأقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع كاشكاه أزال شكايته ودفع بأنهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه باء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الباء لا مع الواو وأيضاً ذكر في مجموع اللغة قال البيع قبلاً واقالة فسحه (قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلماً بيعته أقال الله عشرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولان العقد حقهما فمما كان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المسد كور والمعنى انما يفسد بمجرد جواز الاقالة وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلو جبه يفيد المعنى الذي مهد به بقوله (والاصل) أي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر (أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الرفع الاول

كان

باب الاقالة

فان قيل ما الجواب عن انتفاض حد البيع بالاقالة قلنا المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا تراجعاً بطريق الرفع بقربة مقابلة الاقالة للبيع (قوله وعن من القيل لامن القول) أقول في مجموع اللغة قال البيع قبلاً واقالة فسحه (قوله والهمزة للسلب) أقول فأقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطاً لانتفى بانتفائه وليس كذلك بل الظاهر انه من أحكامه

فجعلناهما من حيث اللفظ فسحنا في حق المتعاقدين لقيامهما بهما فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسحنا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسح العقد حق الشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع الا أن يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقابلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسحا الا ان تعذر جعلها فسحا فتبطل كما اذا تقابلا في العروض المبيعة بالدرهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسح الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقابلا بأكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدرهم بعد هلاكه استدلل محمد بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والدفع يعني ان حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلنى عثرتي واذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهو (٣٤٧) البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل أبو يوسف بعنايه

الا أن لا يمكن جعله فسحا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسحا الا أن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسح الا اذا تعذر جعله فسحا فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلنى عثرتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولا يبي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل به لانه السلعة ويرد بالعيب وثبتت به الشفعة

كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبت الحال الاول هو رجوع عين الثمن الاول الى مالكه كان لم يدخل في الوجود غيره وهو يسـ تلزم تعيين الاول وثني غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لمالم يكن فعله ما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما ببيع اعطى بالنسبة الى غيرهما حكم البيع كما سنذكره (فان لم يمكن جعله فسحا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدرهم فهلك (تبطل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا بأن وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فتبطل فسحا فان تعذر كونها بيعا وفسحا كما لو كان المبيع عرضا بالدرهم فتقابلا بعد هلاك العرض فيثبت تبطل وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهي فسح الا أن يتعذر فيبيع الا أن تعذر فتبطل والحجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الاقالة تصح بلفظين أحدهما تبطل كقولنا أقلنى فقال أقلنى مع أنها بيع عند أبي يوسف والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسح ويقول لا ينعقد الا بالمضى فيهما لانها كالمبيع فأعطى بسبب الشبهة حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة لا تجرى في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القـ دورى ذكره في الدراية والذي في فتاوى فاضل خان أن قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختاروا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الاخر رضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قبضا في فور قول المشتري أقلنى وثمة قد يفسحك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أى لفظ الاقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلنى عثرتي) بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عدم ما بعد وجودها وهو المراد بالفسح ان حقيقة رفعه الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه قضيته واذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع ولا يبي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر أنه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كافي النولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (به لانه المبيع)

واستدل أبو يوسف بعنايه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبتت الشفعة وعورض بأنها لو كانت بيعا أو محتملة لانه لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروى عن بعض المشايخ وبالفريق بعد التسليم بأنه اذا قال ابتداء أقلنى العتد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصححها به لان الاقالة انما أضفت الى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها أضفت الى ما له وجود أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين

أحدهما انه يفهم منه ان أبا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز

(قوله واستدل أبو يوسف بعنايه الخ) أقول منقوض عما اذا كانت الاقالة بلفظ فاسحك أو تاركتـ كقائه حينئذ فسح اجاعا مع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أى المعنى المجازى (قوله وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة) أقول ألا يرى أنه يجعله فسحا اذا لم يكن جمـ له تبعه ما دلل أن تقول يجوز أن لفظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة المشابهة فالمعنى لا يلزم من ازالة المعنى المنقول اليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر فان قيل بما ثبت النقل فلما استعمله في عرف الشرع في مبادلة تتفرع على مبادلة سابقة وترتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنده مجاز شرعى في الفسخ

والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدلال بحقيقة رجحه الله أن اللفظ ينبي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صرنا الى المجاز ان أمكن والابطال وههنا لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمل كونه باضده واستعارة أحد الضدين إلا أن لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولولم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز اذا ثبت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهم على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع (٢٤٨) وهو الملك للبائع تبدل ظاهره موجب في حق ثالث دونها لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد

وتفسيره بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما ثبتت في المبيعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهم اولاية على أنفسهم ما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهم اولاية على غيرهما ووجه آخر أن المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسحا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدلل به أبو يوسف من ثبوت الاحكام ما قبل الشارع يبدل الاحكام فلا يغير الحقائق فانه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدا وفساد الاقالة عند

وهذه أحكام البيع ولا يحنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهم على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الردي بالعيب الحادث عند المشتري (وهذه أحكام البيع) فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير أنه اذا تعذر رجعه له بيعا كما اذا وقعت في منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه بجعله فسحا تصحيا للكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع بانشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولابي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبي عن الرفع على ما قلنا الحمد رحمه الله) والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لزوم البيع من الردي بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فتكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لاثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما يريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أي بأنه وضع به هذا الاعتبار والارجع الى مجرد الاصطلاح على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا وبقيد أن لا يكون تراجا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقى أمر آخر وهو أنها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضده) أي ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتحكم أو تلج وليس ذلك في الفقه أو يكون لمشا كنه للفظ وقع في صحته كجزاء سيئة سيئة وليس هنالك (فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن (لا ضروري) وهو انه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو الملك) تبدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهم على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهم ما ويطهر بيعا في حق غيرهما ولثلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوارأ والخلاطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الاصل (فنقول) نفي بيعا عليه (اذا شرط) في الاقالة (الاكثر) كأن تقابل على مائة والبيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فإزان يغرو ويثبت في ضمن الاقالة وأما الاقالة فن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا أي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

(قوله معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لانسلم أن معناه ذلك بل معناه بعثك هذا العبد الذي كنت بعثته مني سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهما في هذا المحل على ما ينادى عليه كلام المجيب وأيضا المجاز خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ومحمد كما حقق في علم الاصول (قوله وذلك يقتضي نفي سابقة العقد) أقول الاولى أن يقول لا يقتضي سابقة العقد (قوله لانه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول ليصرفا موجب البيع عنه

لتعذر الفسخ على الزيادة لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لأن فيه رفع مالم يكن ثابتاً وهو محال فيبطل الشرط لا الأقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الشرط يشبه الربا لأن فيه نفعاً لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة حال عن العوض والأقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الأقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فإن الزيادة فيه أثبات مالم يكن بالعقد فيستحق الربا لأن في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة وكذا إذا شرط الأقل من الثمن الأول لما بيننا من أن رفع مالم يكن ثابتاً محال والنقصان لم يكن ثابتاً فرفعه يكون محالاً إلا أن يحدث في المبيع عيب فجازت الأقالة بالأقل لأن الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما إذا اشترى جارية بألف درهم وتقابلا بألف درهم صحت الأقالة وإن تقابلا بألف وخمسمائة صحت بالألف ولغاذ كر الباقي وإن تقابلا بألف الألف مائة فإن لم يدخلها عيب صحت بألف ولغاذ النقص ووجب على البائع رد الألف على المشتري وإن دخلها (٣٤٩) عيب صحت الأقالة بمشروط وبصير المحطوط بازاء نقصان العيب

لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الخط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولاً وقال بعض المشايخ تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وإن كانت فسحاً لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعاً ممكن فإذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صون الكلام العقلاء عن الإلغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لأن الأصل عنده هو البيع وعند محمد

لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع مالم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الأقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيستحق الربا مالم لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيننا الآن يحدث في المبيع عيب فيثبت جازت الأقالة بالأقل لأن الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ الثمن الأول لاسكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكنت عن الكل وأقال يكون فسحاً فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيننا ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ

أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لأن الأقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وإنما بطل لأن الأقالة ترفع ما كان لرفع مالم يكن لأن رفع مالم يكن ثابتاً محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه أن رفعه على مائة ترجع إلى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة ترفع مالم يكن له وجود فلا ترفع أصلاً إلا أن أصل العقد له وجود وإياه غنياً بالأقالة غير أنهم ما زادوا شرطاً فاسداً فيثبت الرفع برفعهما ويبطل الشرط الفاسد الذي زاداه (بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا وبصير بيعاً فاسداً فلا يتصور اثباتها في الرفع (وكذا إذا شرط الأقل) عنده يصح بقدر الثمن الأول (لما بيننا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الأول (الآن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعلاً للخط بازاء مافات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعاً وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف يصح به لأنه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول) باعتباره مريداً الأول لكنه سكنت عن بعضه (ولو سكنت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسحاً) عليه فإذا سكنت عن بعضه (أولى بخلاف ما إذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيننا) من جعل الخط بازاء نقصان من العيب (فرع) باع صابوناً بطائمه تقابلاً بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الأول) بأن كان دراهم فأقال على دينار تبلغ قيمته فادرها (فهو فسخ

(٣٣ - فتح القدير خامس) الفسخ ممكن في فصل النقصان لأنه لو سكنت عن جميع الثمن وأقال كان فسحاً فهذا أولى واعترض بأن كونه فسحاً إذا سكنت عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والأول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لأن أبا يوسف إنما يجعله فسحاً لامتناع جعله بيعاً لاتقاء كرا الثمن بخلاف صورة النقصان فإن فيها ما يصلح تمناً فإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل يعني بالاتفاق لما بيننا أن الخط يجعل بازاء مافات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ

(قال المصنف أما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظاً ما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بدله لكن (قوله والأول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس محذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهبه فليتامل (قوله يعني بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع

بالتن الاول عند أبي حنيفة (٢٥٠) وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه من وجه كل واحد منهما في فصل

بالتن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا عندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره ففسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لا مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهو - لالك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالبيع دون الثمن

بالتن الاول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا) أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقايلا فالقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارث والعقار اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا) وعندهما تكون بيعا ومن ثمرات الخلاف أنهم مالو تقايلا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز البيع خلافا لأبي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا لانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وتمر كونهما بيعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقايلا وعاد إلى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشتري ثم أن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كأنه اشتراه (قوله وهو - لالك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه إمالي ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما إذا لم يشر إلى نقد وإما مال حكما لا حقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بمنزلة في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكيمة وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تتأدى زكاة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص ولذا لم يحث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته إلى المبيع والثمن سواء فأظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا إلى قيام المبيع فإذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفع ما لا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضا معيناً وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمناً والدين عيناً مبيعة ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الاقالة كافي حقيقة المقايضة كما سئذ رأوا لتقايلا والبذلان فاعان ثم هلك أحدهما ايا كان فالاقالة صحيحة

بالتن الاول عند أبي حنيفة الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض أما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صححت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجبال أو منفصلة كالولد والارث والعقار لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة لانه لا يصحها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة بطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنتهول قبل القبض ففسخ بالاتفاق لا امتناع البيع وأما في غيره كالعقار فانه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة الخ) هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة

وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعلوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل وعليه هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك أحدهما أي أحد العوضين ابتداءً بأن تباع عبداً بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقال المبيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل به لآل أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائماً أما إذا كان أحدهما هالكاً وقت الاقالة والآخر قائماً وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكك بالمقايضة قائماً لا تبقى إذا هلك أحد العوضين (٣٥١) قبل القبض أو كان أحدهما هالكاً وقت البيع فإنها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الاخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين بخلاف المقايضة فإنها بيع على الحقيقة ولذلك واحد من العوضين جهة كونه مبيعاً فالحق بالبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك أحدهما لان هلاكهما جميعاً مبطل للاقالة بخلاف التصارف فان هلاك البديلين جميعاً فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثنى كافي للمقايضة لانهما لم يتعينا لم تتعلق الاقالة بأعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد منه له سببان فصار هلاكهما كقبامهما وفي المقايضة تعلقت بأعيانها قائمين فتي هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين

(فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي) لقيام المبيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعده هلاك أحدهما ولا تبطل به لآل أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقياً والله أعلم بالصواب وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه) قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت أي تباع ببيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقياً) ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه وعليه تفرع ما لو اشترى عبداً بأمه وتقايضا ثم ان مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال المبيع في الأمه جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبيع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الارش ثم أقال المبيع في الأمه ولو هلك البذلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة أما لو تقايلا بعده هلاك أحدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة أيضاً والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البديلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم يتعلق الاقالة بعينه ما فلا تبطل به لآل كهما بخلاف غيره من البياعات فإنه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا بالسلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه رده وان كان هالكاً فأنما عليه رده مثله ولو تقايلا بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم وصحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقداً على دين معين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه من اجمحة على رأس المال ذكره الاسيحي (فروع) ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المنصولة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبي توقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالأبراء خلافاً لأبي يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة وأطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وهو مقيد بما اذا لم يبيع بأكثر من القيمة فان باع بأكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولي أيضاً لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضاً عن الدنانير ثم تقايلا وقت درخصت الدراهم مرجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بائناً مؤجلاً ثم جدد باجمال أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جدد بدنانير أو على القلب أما لو جدد بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو باع بائناً عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا يفسخ الاول لانه مثله اذا حط يلتحق بأصل العقد الا في اليمين فيجئ لو كان حلف لا يشترطه بائناً عشر درهما ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي أو لم يرد على قوله بعه أو زاد قوله من شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيد ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا يفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعنقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى يجوز ما عدا النكاح فسخ وعليه

أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلني فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت المبيع فيقول الآخر قبلت اعتباراً بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظرو تأمل فلا يكون قوله أقلني مساوياً بل كان تحقيقاً للتصرف كافي النكاح وبه فارق البيع

(قوله لان الاقالة وان كان الخ) أقول نعليل لقوله ولا يشكك بالمقايضة

باب المراجعة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها مشرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل ماملكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الأول فلان من اشترى دنانير بالدرهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلان المصوب لا يبق إذا عايد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مراجعة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبأنه مشتمل على إيهام يجب عنه خلوا التعريف وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لاسيما (٢٥٢) إلى الأول لان عين الثمن الأول صار ملكا للبائع الأول فلا يكون عينه مراداً

باب المراجعة والتولية

قال (المراجعة نقل ماملكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح

ما فرغ في فتاوى قاضيه خان وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها إلا أن عزم على ترك الخصومة فيجمل له حينئذ وطؤها لان بحود المشتري فسح في حقه وإذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضى البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد أخرى فقد رضى بتملك البائع الثانية بالأولى فإذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئاً مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري إلى بيته ليحجي بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استحساناً وللمشتري منه أن ينتفع به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضى بانفساخ البيع الأول والمشتري كذلك ظاهراً ثم يتطران كان الثمن الثاني أكثر من الأول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالتقصان على البائع لا على المشتري الأول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أفلتنا به فالقول للمشتري مع عينه في انكاره الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يخلف كل على دعوى صاحبه

باب المراجعة والتولية

(قوله المراجعة نقل ماملكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل ماملكة بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مراجعة وكونه لا يجوز شيء آخر وأعلم ان معنى السؤال المراجعة جائزة بالاستثناء شيء وهذا مما صدقناه فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بأن المراد نقل ماملكة مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول فان كون مقابله ثمناً مطلقاً يفيد أن ماملكة بالضرورة مبيع مطلقاً ثم انما تجز المراجعة في ذلك لان بدلي الصرف لا يتعينان فلم تكن عين

في البيع الثاني ولا إلى الثاني لانه لا يخلو ما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار والأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط انه اذا باعه مراجعة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس اذا كان معلوماً يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الأول على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلاً فانه لو ملك ثوباً بهبة أو وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا الأولى أن يقال بنقل ماملكة من السلع بما قام عنده

باب المراجعة والتولية

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الأول إلى قوله فلا لأن المصوب) أقول المسئلة في قاضيه خان (قوله وذلك لان قوله بالثمن الأول الخ) أقول الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكاً للبائع وبشهاد عليه تعليل عدم جواز المراجعة في الصرف والأولى أن يقول لاسيما إلى الأول اذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدراهم) أقول قوله الدراهم (قوله من جنس رأس المال الدراهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدراهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان غير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنانير ولا يحق عليك ان مانق له من دينك الكتابين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنساً لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للأول في الجنس

والجواب عن الاول ان الانسليم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذ افضى القاضي بالقيمة عاذا ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك (٢٥٣) على رد القيمة واخذ المغصوب

والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسألة المسووط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجحة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المراجحة من حيث لفظ العقد والثلث الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان)

(قوله والجواب عن الاول) ان الانسليم صدق التعريف عليه (الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ويجوز أن يقال المعروف ههنا المراجحة الصحيحة والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يحجب عن أصل الاعتراض الاول بان يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام الى هنا فيه أعني السلع أو المراد

والتولية نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان

هذه الدناير متعينة لتلزم مبيعاً والذي يلزم وروده على التقدير الذي صححناه الايراد ما اذا اشتراء بثلث نسبة لا يجوز أن يراج عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول لأن يقال اذا كان فيه أجل فالثمن الاول بمقابلته شيتين فلم يصدق في أحدهما أنه يمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المراجحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعاً في رد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى ما اذا أبق العبد المغصوب ففضي بقيمته على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعه مراجحة على القيمة التي أداها فهذا بيع مراجحة ولا يصدق عليه نقل ماملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مراجحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهيمة أو أوارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجحة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقه كذا فأرأى بحث على القيمة أو رقه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقداراً سواء كان قدر الثمن أو يزيد ثم يراجحه عليه وهو اذا قال رقه كذا وهو صادق لم يكن خائناً والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو ان المراجحة نقل ماملكه بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا تخن سابق أصلاً والله أعلم ومما يرد أيضاً ما اذا كان رأس المال عبداً مثلاً فباع المبيع مراجحة على العبد عن صار اليه العبد بربح معين فانه يجوز مراجحة ولا يصدق عليه انه يمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبداً آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدلل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما أخرج عبد الرزاق أخرجه عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والآلة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخرجه ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثاً مستفاضاً بالمدينة قال من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشرك فيه أو يوليئه أو يقبله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبي أنت وأمي احدي را حلقى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه في بدء الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتم بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بن قشير فأخذها وها هي القصواء فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها لما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فدنا أبي وأمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعير اليس لي قال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعته به قال كذا وكذا قال قد أخذتم ابذلك قال هي لك يا رسول الله فركبوا وانطلقا ذكر السهيلي عن بعض أهل العلم انه سئل لم يقبلها الا بالثمن وقد اتفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشأوا والنس هنا عشرون درهماً فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن

بالعقد الاول العقد المعهود الذي كناتكم فيه وهو بيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً الخ) أقول لا بد للمجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا

لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وزيادته ربح وقد صحت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود مقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج الى الاعتماد كان مبني المبيعين أي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وأكذب قوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا تصح المراجعة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كالم تجز (٢٥٤) المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة بما

يحتاج فيه قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل الخ) لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناها على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة في القيمات ان أمكن وقد لا يمكن عن شبهة لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما وقع فيه من الثمن اذا لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذا الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري باعه مراجعة عن ملك ذلك البديل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مراجعة ربح مع الحزم من دراهم أو شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم وأما اذا

لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى أن يعتمد على الذكي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري وزيادته ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صرح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما فقال هولاء بعير شي فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير غن فلا قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لولم يملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو شيء من المكيل موصوف جاز) لانه بقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح مده يارده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد علمتها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج الى أن يعتمد) على (فعل المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتري وزيادته ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد أن لا يحل بما علم شرط الصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بشرطه المعلومة هو دليل جوازهما اذا لازية فيهما الاقتران بما بأخبار خاص اذا حاصله أنه يبيعه بثمن كذا مخبرا بأن ذلك الثمن الذي اشترى به أو مع زيادة لأرضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) يعني الثمن (مما له مثل) كالنقدين والخططة والشعر وما يكال ويوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوبا ببعيد مقايضة مثلا لوراجحه أو ولاه اياه كان يبيع بقيمة عبده صفته كذا أو بقيمة عبدا ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز أمالو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه فراجحه عليه بربح معين كان يقول أبيعك مراجعة على الثوب الذي يبيدك وربح درهم أو كرشعيرا أو بربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (ربح مده يارده) فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته) فان معنى مده يارده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ مده يارده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولا يمكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت وحينئذ فالمرجحة على العبد مده يارده تقتضي أنه باعه بالعبد وبيع بعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد بربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر

اشترى بربح مده يارده مثلا أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين درهما وهو كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وبيع بعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا أو بجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثمن الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة أو مده يارده فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته

(و يجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جارٍ بالحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وما عدناه من هذه الصفة لأن الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذا القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) كي لا يكون كاذباً وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة للمعنى فيه وهو مذاقته

وهو أنه باعه بالعبد وبيع قيمته ومن فروغ ذلك اشترى عبداً بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فاعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد فان نسب الربح إلى رأس المال فقال بعته بربح العشرة أحد عشر أو بربحه يارده فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته إليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال بيلم قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربحه يارده فالربح ورأس المال على نقد بيلم الآن يصدقه المشتري أنه قد نيسابور أو ثمة يوم بيته وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بيلم ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وإن كان على عكسه واشترى بيلم بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك وأعلم أن المعنى في المراجعة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضاً عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها ديناراً أو ثوباً بقيت عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعده عقد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام) برأ أو بحراً (لأن العرف جارٍ بالحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه من هذه الصفة لأن الصبغ واخواته) من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان إلى مكان (يزيد في القيمة لا اختلاف القيمة باختلاف الأماكن) قال في الإيضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها (و) إذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا) فخر زاعن الكذب وسوق الغنم والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرأناً أو علماً أو شعراً (لأن ثبوت الزيادة للمعنى فيه) أي في المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم وجباً للزيادة في المأية ولا يخفى ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم كما لا تمنع نسبته إلى الصبغ فأنما هو شرط والتعليم عادة فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبقار لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لأن الأجرة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل إن كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفاً وزيادة ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء ممتولد منها كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما إذا أجرة الدابة أو العبد أو الدار فأخذ

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام لأن العرف جارٍ بالحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وهذه الأشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة لأنهم يختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام على بكذا ولا يقول اشترى به بكذا كي لا يكون كاذباً لأن القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى وإذا باع بالرقم يقول رقه كذا فأنا أبيعته مراجعة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف أجرة التعليم فإذا أنفق على عبده في تعلم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لأن الزيادة الحاصلة في المأية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذاق والذكاء لا بما أنفق على المعلم وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبقار والحجامة والختان

(فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بالبيئة أو باقرار البائع أو بنكوله عن اليمين (فهو بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد بخير فيهما) لمحمدان الاعتبار (٢٥٦) للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبارها

يتعاقب العقد بالمسمى (والتولية والمراجعة ترغيب وترويح فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مراجعة وتولية) لا التسمية ولهذا قال وليتك بالثمن الاول أو بعثك مراجعة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقى ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر - رالثن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم ما فيا أخذ الثوب باثني عشر درهما (ولابي حنيفة انه لولم يحط في التولية لا تبقى تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز

فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رجه الله ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رجه الله يحط فيهما وقال محمد رجه الله بخير فيهما) لمحمد رجه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمراجعة ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بقواته ولا يبي يوسف رجه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومراجعة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعثك مراجعة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح ولا يبي حنيفة رجه الله انه لولم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيستغير التصرف فتعين الحط وفي المراجعة لولم يحط تبقى مراجعة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يردده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أجرته فانه يراجح مع ضم ما اتفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا داجحة أصاب من يضم بالاحتساب بماله وبما انفق ويضم الباقي وتضم أجرة التخصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا الوتطوع متطوع به هذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما باقرار البائع أو بالبيئة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة منافض فلا يتصور بيينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أبي حنيفة رجه الله ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه) وان اطلع عليه في التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد بخير فيهما) وهو قول الشافعي رجه الله تعالى (لمحمدان الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع ولا خيار بانه الثمن الاول فيهما لا يتعلق بالانعقاد به انما هو (ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف الكتابة والحياطة (فبفواته) بظهور أن الثمن ليس ذلك (بتخيير ولا يبي يوسف أن الاصل فيه) أي في عقد المراجعة والتولية (كونه تولية ومراجعة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتباره تولية ومراجعة عليه (وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المراجعة يحط منه ومن الربح) على نسبه حتى لو راجح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولابي حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (أنه لولم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما يتعلق باعتباره ما فيه تغير التصرف الى بيع آخر بمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الاخر (و) أما (في المراجعة لولم يحط) لا تخرج عن كونها مراجعة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشتري (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يتخير ما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه (فلوهلك) المبيع (قبل أن يردده) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

أن لا تبقى تولية لانه لا يتغير التصرف فيه عين الحط وفي المراجعة لولم يحط تبقى مراجعة كما كانت من غير تغير الخيار
الصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل أن يردده أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة فن قال بالحط كان له الحط (ومن قال بالفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن

كخيار الرؤية والشرط وقد نعتذر الردي بالهلاك أو غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لأن المستحق للشئ المطالبة بتسليم الجزء الفائت (٢٥٧) فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه

وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روى عن محمد في غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فباعه بربح منه عجز عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان استغرق الثمن لم يبعه من ربحه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يبيعه من ربحه على الثمن الأخير) صورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه من ربحه بخمسة ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين من ربحه ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه من ربحه أصلا وعندهما يبيعه من ربحه على العشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث ولا يبي حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يثبت كدبه بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطا

كخيار الرؤية والشرط) وفيه ما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لأن المستحق فيه جز فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف فلو هلك المبيع أو انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احترازا عما عن محمد من غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يدفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه) من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فإن باعه من ربحه طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان الربح) (استغرق الثمن لم يبيعه من ربحه) (الأمر بين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه من ربحه على الثمن الأخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمه الله (صورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) من باعه منه بعد التقابض فإنه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراها منه الخمسة التي ربحها (فبيعه من ربحه) على خمسة (ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين من ربحه ثم اشتراه) من باعه منه (بعشرة لا يبيعه من ربحه أصلا) إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيع به بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه من ربحه على) الثمن الأخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثاني) وإن كان من كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول) ولذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله من ربحه أو وضيعة ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه من ربحه على الثمن الأخير ولا يعتبر ما كان قبله واللام يحجز المراجعة أصلا وهذا لأن الشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كما لو تخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة من اشترى من المشتري منه بعشرين (ولا يبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يثبت كدبه) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر) المشتري (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه فإذا اشتراه منه تأكد أي تقرره لملك ذلك الربح وللتأكد كيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ضمنوا نصف المهر لئلا كيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتهما مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لأن الشبهة في المراجعة ملحقمة بالحقيقة احتياطا في بيع المراجعة

وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روى عن محمد في غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فباعه بربح منه عجز عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان استغرق الثمن لم يبعه من ربحه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يبيعه من ربحه على الثمن الأخير) صورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه من ربحه بخمسة ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين من ربحه ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه من ربحه أصلا وعندهما يبيعه من ربحه على العشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث ولا يبي حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يثبت كدبه بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطا

كخيار الرؤية والشرط) وفيه ما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لأن المستحق فيه جز فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف فلو هلك المبيع أو انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احترازا عما عن محمد من غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يدفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه) من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فإن باعه من ربحه طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان الربح) (استغرق الثمن لم يبيعه من ربحه) (الأمر بين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه من ربحه على الثمن الأخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمه الله (صورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) من باعه منه بعد التقابض فإنه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراها منه الخمسة التي ربحها (فبيعه من ربحه) على خمسة (ويقول قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين من ربحه ثم اشتراه) من باعه منه (بعشرة لا يبيعه من ربحه أصلا) إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيع به بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه من ربحه على) الثمن الأخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثاني) وإن كان من كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول) ولذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله من ربحه أو وضيعة ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه من ربحه على الثمن الأخير ولا يعتبر ما كان قبله واللام يحجز المراجعة أصلا وهذا لأن الشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كما لو تخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة من اشترى من المشتري منه بعشرين (ولا يبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يثبت كدبه) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر) المشتري (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه فإذا اشتراه منه تأكد أي تقرره لملك ذلك الربح وللتأكد كيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ضمنوا نصف المهر لئلا كيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتهما مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لأن الشبهة في المراجعة ملحقمة بالحقيقة احتياطا في بيع المراجعة

(٣٣ - فتح القدير خامس) (قوله شبهة حصول الربح الحاصل إلى قوله بالعقد الثاني) أقول قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لأنه كان على شرف السقوط الخ) أقول سيجي تطهير في كتاب الأكرام

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لأن الصلح مبناه على التجوز والخطيئة ولو وجدنا خط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا إذا تمكنت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه يصير في الشراء (٢٥٨) الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول

الثوب بلا عوض وأجيب بأن التاكيد له شبهة الإيجاب في حق العباد احتراز عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعيته جواز المراجعة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التاكيد في المراجعة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون لنا كيد فيه شبهة الإيجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التاكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الأول بالشراء الثاني فانتفتت الشبهة قال (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوبا بعشرة) والحال أنه مدينون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإن المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا إن كان المولى اشتراه وباعه من العبد لأن في هذا العقد أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التاكيد حصل بغيره قال (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لأن في هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافي فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني

ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة) لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة فإن قيل لو كان كذلك ينبغى أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لأنه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التاكيد إنما حصل به شبهة الإيجاب احتراز عن الخيانة وذلك بتحقيق بالنسبة إلى العباد لا بالنسبة إلى الشرع وشرعية المراجعة لمعنى راجع إلى العباد لا الشرع ولذا إذا رضى المشتري به وقد علم يجوز ولو كان لحق الشرع لم يحجز بتراضيهما كما في الربا لورضايه وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بعشرة وأجيب بأنه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وإن كان بنا كدبه انقطاع حق الواهب في الرجوع ولكنه ليس بمال ولا تثبت هذا لو كالة الألفي عقد يجري فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى يزاد في الثمن بخلاف ما إذا باعه بثمن حال مرابحة بعدما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لأنه معنى يزاد في الثمن وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصنها من الثمن لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يتخلو عن شبهة الغلط خلافاً للشافعي في ذلك (وبخلاف ما لو تخلل ثالث) لتاكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطلان به فلم يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهذا بخلافه (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه) أي المولى (يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إذا كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة (لأن في هذا العقد) أعنى الذي جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحاً لا فادنه ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالماً (فله شبهة العدم) لأن الحاصل للعبد لا يتخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يسبق ما في يده لنفسه ويقضى دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين (فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الأول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لأجل المولى في الفصل الأول) وهو ما إذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) لأجل (المولى في الفصل الثاني) وهو

ماذا

ملكاً للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبايع

من نفسه فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة لجواب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة وإذا عديم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما يفيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لاملالك الرقبة ولا ملاك التصرف هكذا يفيد محمد رحمه الله في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيان ولم يقيد به الطحاوي والعتابي والحق قدس سره لما ذكرنا قال (وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال (٣٥٩) بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة

بائني عشر ونصف) لان مبيع هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لرفقيه شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجبا ودوا وجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب انقطع ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذ كان مشتتلا على الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة ألا ترى أنه اذا جع بين عبده وعبده غيره فاشترى ما صنفه واحدة جاز البيع فيهما ودخل بعبده في عقده لفائدة انقسام الثمن وأما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه

فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة بائني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لرفقيه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه

ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان المأذون مكتوب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة يفيد انه انما اعتبر عدم المراجعة لا لكونه معدوما من وجه وسببه ان المراجعة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمساحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هؤلاء منه لا يبيع واحد منهم مرابحة الاعلى الثمن الذي قام على البائع الا أنهم اختلفوا في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاخوين وأبو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه لا آخر من وجه ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم لا آخر وتجري المساحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم الفيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة والشافعي في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كصدر الشهيد فقال عبدا مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الأئمة في المبسوط فقال اذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يراجح الاعلى الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه أجنبي من كسبه فلان لا يراجح الاعلى فيما اذا لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينعقد العقد الثاني أصلا انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه ساعة ان كانت ليست من شركته ما يراجح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركته ما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانته في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانته في الشراء الاول نحو ان تكون الساعة اشترى بألف من شركته فاشترى ما أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فانه يبيعها مرابحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعهما على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة بائني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لرفقيه الله مع انه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لرفركنا أجزائه (لما فيه من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز

المصنف بقوله ألا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه

(قوله وانما يفيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قدس سره لما ذكرنا) أقول وانما يفيد اذا لم يدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه مرابحة الاعلى الثمن الاول وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت فعليك بمطالعة غايه البيان

وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما لو كله فيه وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالعدم في حق نصف الربح لأن ذلك حق رب المال فيحيط عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مراحمة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري) بأففة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جازه أن يبيع مراحمة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا الوفاة العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها ثم وجد بها (٢٦٠) عيباً لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من

المبيع عند المشتري وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها فإما أن يردّها مع العقر أو بدونه لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما ردد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع وبسلم الوطء للمشتري مجافاً للوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الأول) أي في صورة الأعور (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن الأوصاف حصّة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بأففة سماوية أو بصنع العباد (وأما إذا فاقها غيرها) راجع إلى أول المسئلة وفي بعض

فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مراحمة ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوفاة قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأما إذا فاقها غيرها بنفسه أو فاقها أجنبي فأخذار شها لم يبيعها مراحمة حتى يبين) لأنه صار مقصوداً بالتلاف في مقابلها شيء من الثمن وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن وجبه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حبس رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وإن لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدماً في نصف الربح) الذي هو حصّة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصّة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا يتم فيه ولو اشترى بأسلعة فاقسمها فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مراحمة على حصّة من الثمن إن كانت القسمة استيفاءً محضاً كالكيلى والوزنى والعسدي المتقارب جاز بيعه مراحمة وإن كانت مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مراحمة لا بتثانته على التقويم وهو ممتنع في المراحمة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أحد بل بأففة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مراحمة ولا يبين) أنه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لأن الأوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لأنها تابعة ما لم تكن مقصودة بالتلاف (ولهذا الوفاة قبل التسليم) إلى المشتري بعد العقد (لا يسقط شيء من الثمن) وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الأول وهو ما إذا عورت الجارية (أنه لا يبيع) مراحمة (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي (وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله) (وأما إذا فاقها غيرها بنفسه أو فاقها أجنبي) بأمر المشتري أو بغير أمره (فأخذار شها لم يبيعها مراحمة حتى يبين) والتقييم ينفق المشتري والأجنبي احترازاً عما لو فاقها غيرها بنفسها فإنه كما بالأففة السماوية لأنه هدر فلا يكون المشتري حاسباً شيئاً وأخذار الشها ليس بقيد بل إذا عورها الأجنبي لا يبرأ من الإيبان لتحقيق وجوب الضمان والفرق لنا (أنه صار مقصوداً بالتلاف) نخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن) وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها

النسخ قلنا فيكون جواباً لقول أبي يوسف والشافعي رحمه الله يعني إذا فاقها المشتري غيرها (بنفسه أو فاقها أجنبي) سواء (و) من كان بأمر المشتري أو بغيره وجب البيان عند البيع مراحمة لأنه صار مقصوداً بالتلاف أما إذا كان بأمر المشتري فلا أنه كفعل المشتري بنفسه وأما إذا كان بغير أمره فلا أنه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حاسباً بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المراحمة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذار شها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن ذكر الارش وقع اتفاقاً لأنه لما فاقها الأجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذار الشها فأنه حكاه ثم قال والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذار الشها وذ كر نقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهي بكر) لا يبيعها مراحمة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار يبيعه مراحمة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطبه لا يبيعه مراحمة حتى يبين) والمعنى ما بيناه

(و) من هذا (لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) أو طعما ما فتغير (بيعه مراحمة من غير بيان) وقرض بالقاف وذ كر أبو اليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لأنه بفعله قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجاد وبه نأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المراحمة على عدم الحيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للشترى أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صححة لم يأخذها معيبة إلا بخطيئة وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المراحمة اعتماد الغي أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع ز ياتر يح لظنه أنه قيمتها وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يغبن وأنه لو علم لم يرض فكان سكوتة تقرير له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك إذا نقصه العيب شيئا يسيرا فإن نقصه قدر لا يتغابن فيه لا يبيعه مراحمة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بامر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه وكذا الوصف في الثوب أطول ممكنه أو توسخ الزام قوي واستشكل على قوله الفاتت وصف لا يقابل شي من الثمن المشتري بأجل فإن الأجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مراحمة بلا بيان أجيب بأن الأجل يعطى لأجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وإن كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لا اعتبار المشتري بالوطء حاسبا جزأ من المبيع عنده وأجيب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكرنا بل لأنه لو ردها فاماع العقر احتراز عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه له إلى الأول لعود الجارية مع زيادة الزيادة تمنع الفسخ لأنه لا يرد على الزيادة ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملكه ويسلم المشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد ووطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في ضرورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للشترى أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب بالتلاف العين كالولد والارث والعقر فكذا الوطء (فروع) لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيئا راجح بلا بيان لأن الغلة ليست متولدة من العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المراحمة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها فإنه إذا راجح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بكذا وتقدم أنه إذا أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمنه في غير السرف ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر التخييل يبيع الأصل مع الزيادة مراحمة لأنه لم يجبس شيئا من المعقود عليه ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الأصل مراحمة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا إذا استهلك الابن والسمن فإنه لا يراجح الإيبان وفي المبسوط اشترى نصف عید بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مراحمة أو تولية أو وصية فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبني على الأول ولو حط البائع الأول من الثمن بعد ما باعاه المشتري مراحمة فإنه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولا حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء وأصله أن الحط يلحق بأصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد علق فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المراحمة والتولية فإن له أن يراجح على

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأى حرق نار) بالفاء من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعته ونصر أبو اليسر على أنه بالفاء (أو حرق نار) جاز أن يبيعه مراحمة من غير بيان لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطبه لا يبيعه مراحمة) بلا بيان لأنه صار مقصودا بالاتلاف وقوله (والمعنى ما بيناه) إشارة إلى هذين الدليلين

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك للمشتري (فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل لا جل شيئا بالمبيع) فانه يراى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مراحمة بينهما والمراحمة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بأن الغلام السليم الاعضاء يراى في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فانت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسألة اعور ار العين وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصا عليها أنهم في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان أجلتي مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدارة ثبتت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة (٢٦٢) الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولولم يكن الاجل مشروطا في

العقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولا يكن فيه شبهة المقابلة فباعته بارشبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فأما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والالكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلاف باطل قال (وان كان ولاه اياه) يعني أن التولية كالمرابحة فيما اذا علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان (وان كان استهلكه ثم علم) بالخيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف انه رد القيمة

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل) لان الاجل لا جل شيئا بالمبيع الا يرى انه يراى في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مراحمة بينهما والاقدام على المراحمة توجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كافي العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال (فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المراحمة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله انه رد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيا تيك من بعد ان شاء الله تعالى وقبل يقوم بثن حال و بثن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قبل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقبل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال

كل الثمن ويؤليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة بالالف (فعلم المشتري) بذلك (فله الخيار) ان شاء رده وان شاء قبل (بالالف والمائة حالة وانما يثبت له الخيار) لان الاجل لا جل شيئا بالمبيع الا يرى انه يراى في الثمن لاجل الاجل والشبهة ملحقه بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين (بالالف) (وباع أحدهما) بهما على وجه المراحمة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعاً حقيقة فاذا كان أحد الشئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقه بالحقيقة في المراحمة (فاذا ظهرت بخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا اراد لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعدما هلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لأن الاجل لا يقابله شيء) حقيقة والذي كان ثابتاً له مجرد رأى وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه اياه ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل فعلم المشتري قبل الهلاك يعني يثبت له خيار الرد وقبله بالالف حالة ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله (فيما اذا استوفى) صاحب الدين من دائه (مكان) الدين (الجياد زئوفا) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنه فقها فانه عند أبي يوسف رد مثلها من الزئوف ويسترد الجياد (وسيا تيك) ان شاء الله تعالى في مسائل مشورة (وقبل يقوم بثن حال و بثن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التنجيم قبل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقبل يبيعه ولا يبينه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط

ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيا تيك من بعد في مسائل) مشورة اجل قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد انه قال للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله في التحالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقبل هو قول أبي جعفر البخني (يقوم بثن حال و بثن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد) معتاد كعادة بعض البلاد يشترطون الثمن بعد شهر ما جله أو منجما قبل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقبل لا يجب بيانه لان الثمن حال

(قوله وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولولم يكن الاجل الخ) أقول في الاشارة خفاء

قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء بركة اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

أجل فلم ينقده الى شهر مطلقا فلا شك انه يبيعه مرابحة بالالف (قوله ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع يعني في المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان في صلب العقد لكنه (لم يتقرر) انما يتقرر بغير المجلس وهذا بين ان هذا العقد ونحوه من البيع بركة قبل معرفة الرقم ينقض فاسد له عرضية الصحة وهو الصحيح خلاف الماروي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أي بيان قدر الثمن (كتأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا يكون سكوتة عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوف الى آخره فان تبين فيه اتصال بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا يتقلب بعده صحيحا (وانما يتخير) بعد العلم في المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كما في خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير (فروع) اشترى ثوبا ليس له أن يراج على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذراعانه ولوراج على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه عنه جاز ولو اشترى نصف عبدة ثمانية ثم اشترى النصف الاخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثمانمائة ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يراج على الثمن كله ولو وهب له أوطح عنه بعضه ليس له أن يراج الاعلى ما بقي ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهاك كان له أن يراج على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياذ ونقده بوفاق تجوز به البائع فله أن يراج على عشرة جياذ ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بغير أو فساد يبيع أو خيار أو اقاله له أن يراج على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لانه ما عاد الى الملك المستند بالشراء الاول ولو وجد بالبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كالمالك فيه خيار شرط أو رؤية وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بغير فاحش أو بدين له على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالغين فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع عنه له جاز أن يراج عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه انه اذا علم أنه ثمنه وجب أن يراج عليه لان منع المراجعة ما كان الاتهمة الخطيئة فاذا تبين انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى بركة ثياب فافقسه ما هاليس لاحدهما أن يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشترى بركة لا جنسا واحدا فافقسه ما حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحدة فوفقه ما ثوبا باليس له أن يبيع ثوبا منها مرابحة على ما قوم الا ما قدمنا من انه يقول قيمة هذا ألف أو قوم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم باز يد من ثمنه أما لو أسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له

قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه الخ) اذا قال وليتك هذا بما قام على يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والقتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه (فالبيع فاسد) لجهالة الثمن فان أعلمه البائع في المجلس (صح البيع) ويتخير المشتري (ان شاء أخذه وان شاء تركه) أما الصفة فلا لان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصفة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساد بعدد فيه وأما خيار المشتري فلا يخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به

فصل وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلا حسبا (و) هو المراد بقوله (يحول) فسر بذلك اثلايتوهم انه احتراز عن المدبر (لم يجزله ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض) وهو باطلا لوجه على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تنسك له بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصص الطعام

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجزله يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض

ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام كل نصفه كان له ذلك لان تقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف اعنى الذرعان ولا يتقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي ان لا يراجح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا بصفقة واحدة كل ثوب بكذا فله ان يبيع كل واحد من ارجحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يراجح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة دة يارده فطريقه ان يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزأ فإذا كان الثمن عشرة فتكون الجزاة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جلة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

فصل (قوله ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجزله يبيعه حتى يقبضه) انما اقتصر على البيع ولم يقل ان يتصرف فيه لتكون اتفاقية فان محمدا يجزى الهبة والصدقة قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهاي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه فلما قدر رواه ابن عباس أيضا قال وأحسب كل شيء مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعرض قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق عن ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيت رجلا فأعطاني فيه رجحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلقي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتاع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه وقال في التنقيح سننه جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث وأخرج النسائي أيضا في سننه الكبرى عن بهي بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البسوة وأبيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبع من شيئا حتى تقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحيح أن بينهما عبد الله ابن عصمة الجسمي بجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد أشبهه عليه ما عبد الله بن عصمة هذا بالنصبي أو غيره من يسمى عبد الله بن عصمة

يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معسروفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيت رجلا فأعطاني به رجحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلقي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتاع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجزله التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على

قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع أسرع تفضا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه عليك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

فصل ومن اشترى مما ينقل (قوله احتراز عن المدبر) أقول فانه لا ينقل نقلا شرعيا (قوله فان تخصص الطعام يدل على ان الحكم الخ) أقول فيه ان الخصم ينازع في كون المفهوم جهة ولو سلم فلا يعارض المنطوق (قوله معروفا بين الصحابة) أقول فيه تامل

(قوله ولان فيه غررا انفساخ العقد استدلال بالعقول وتقريره في البيع قبل القبض (٣٦٥) غررا انفساخ العقد الاول على تقدير

هلاك المبيع في يد البائع
والغرر غير جائز لانه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الغرر
والغرر ما طوى عنك علمه وقد
تقدم واعترض بأن غرر
الانفـاخ بعد القبض ايضا
متوهم على تقدير ظهور
الاستحقاق وليس مانع ولا يدفع
بأن عدم ظهور الاستحقاق
أصل لان عدم الهلاك كذلك
فاستويا وأجيب بأن عدم
جوازه قبل القبض ثبت
بالنص على خلاف القياس
لثبوت الملك المطلق للتصرف
المطلق بقوله تعالى وأحل الله
البيع وليس ما بعد القبض في
معناه لان فيه غررا انفساخ
بالهلاك والاستحقاق وقبما
بعد القبض غرره بالاستحقاق
خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع
العقار قبل القبض عند أبي
حنيفة وأبي يوسف وقال
محمد لا يجوز رجوعا الى
اطلاق الحديث واعتبارا
بالمقول بجامع عدم القبض
فيهما وصار كالأجارة فانها
في العقار لا تجوز قبل القبض
والجامع اشتمالهما على
ربح مالم يضمن فان المقصود
من البيع الربح وربح مالم
يضمن منهي عنه شرعا
والنهي يقتضي الفساد
فيكون البيع فاسدا قبل
القبض لانه لم يدخل في
ضمائه كما في الأجارة

ولان فيه غررا انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول
وصار كالأجارة

انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير
العقار لا يـ حنيفة يذكر هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث (لان فيه غررا انفساخ
العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتيين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه
وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه
والدليل على اعتبار هذا المعنى أن أريانا التصرف في ابدال العقود التي لا تنسخ بالهلاك جائزا فلا
يضرها غررا انفساخ كالتصرف في المهر لها وبديل الخلع للزوج والعتيق على مال وبديل الصلح عن دم
العهد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلنا هذا وقد اختلفوا بالبيع
غيره فلا تجوز أجارته ولا هبته ولا التصديق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من
غير بائعه فلا يجوز شي من ذلك واذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الأجرة قبل
قبضها اذا كانت عينا أولى فصار الأصل أن كل عقد ينسخ به لاله العوض قبل القبض لم يجز التصرف
في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة اذا كانت عينا في الأجارة وبديل الصلح عن الدين
اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولان يشرك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينسخ به لاله
العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبديل الخلع والعتيق على مال وبديل الصلح
عن دم العهد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته وأجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول
أبي يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحمت الوصية بالأجاعة لان الوصية أخت الميراث
ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذلك اذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة
والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام
هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والأجارة فانه يلزم بنفسه وقبضه بهبة
الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذا لمانع فانه يكون نائباً عنه ثم يصير قابضاً لنفسه
كما لو قال اطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائباً عنه في القبض ثم قابضاً لنفسه بخلاف البيع
وأبو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوخ فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة
دون البيع وأيضا هذه التصرفات تبني على الملك وغررا انفساخ يمنع تمامه فكان قاصرا في حق اطلاق
التصرف وأما عتيق عن كفارتي فانه طلب التملك لا تصرف مبني على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الخمر
امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه أضعف لان ما يتحقق به بعد القبض
يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر ظنا قبل القبض ولان اعتباره بعده يستدعي باب
البيع ولو باعته المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الأقالة فان
قبل هذا النهي باعتبار أمر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالمبيع وقت النداء أجيب بأن الغرر في
المبيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأثير ان بعد
تسليم أن البيع ينسخ به لاله المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه يظهر ان
البيع الثاني لم يصح فيه تراذان ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله ويجوز
بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز)
وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعني عموميه وهو ما في

(قوله وأجيب بأن عدم جواز
الخ) أقول الاعتراض كان

(٣٦ - فتح القدير خامس) متوجها على الدليل المعقول لاعلى الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب
(قوله فلم يلحق به) أقول أي بطريق الدلالة (قوله رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أي عموميه

(وله ما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغافلا غير محجور عليه (في محله) لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب وأجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عادله الرد والاولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار بخار بيعة قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعتراض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بانه عام دخله الخصوص لاجتماعه على جواز التصرف في الثمن والصدق قبل القبض ومنهلهذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان (٢٦٦) المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام

اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض سلمنا انه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا لما صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغير الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذا الشئ لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فرديا واعلم اني اذكر لك ما سنخ لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى

وله ما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز

حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم والنهي عن بيع مالم يقبض ولو باع العقار بربح يلزم بربح مالم يقبض وصار بيع العقار كاجارته واجرته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد كدبتا كد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (وله ما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المنير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا او نحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحجوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع عملا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدله (معلول به) أي بغير الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه يظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استعداء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح وأوردناه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ

وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه الشفيع بخبر الواحد وهو ما روي أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يخلو إما أن يكون معلولا بغير الانفساخ أولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز ذلك يستلزم التردد وجعله معلولا بذلك اعمال اثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لاحالة وكالم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبطل الخلع ويكون مختصا به قد ينفسخ به لملك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

قال المصنف (وله ما ان ركن البيع الخ) أقول اذا استدلل محمد بانه اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم بربح مالم يقبض وهو منهي فاجاب ما عنه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بانه) أقول المجيب هو الانتفاء وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بانه في قوله وأجيب بانه راجع الى الرد (قوله لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض يتناول العقار أيضا والقياس يخصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تأمل اذا لا يظهر التعارض بينه وبين ما روي مسندا الى الاعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان مخصصا لأدلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتفريرها انما لا تصلح مقياسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكبلا مكابله أو موز وناموازته الخ) اذا اشترى المكبل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام اشترى مكابله وباع مكابله أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكابله وباع مجازفة أو بالعكس من ذلك

(٣٦٧)

ففي الاول لم يجز للشترى من المشتري الاول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التمسك بغيره بخلاف ما اذا باعه مجازفة

والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالتمس ودع عليه في الاجارة المنافع وهلا كها غير ناد ر قال (ومن اشترى مكبلا مكابله أو موز وناموازته فاكثاله أو اتزته ثم باعه مكابله أو موز وناموازته لم يجز للشترى منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التمسك بغيره بخلاف ما اذا باعه مجازفة

الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان تملكه حينئذ شرعا قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الالتحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف الا أن المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تيممه بأن يذكرها ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير انما أبدأ وذوات القيم مبيعة أبدأ والمثليات من المكبلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالقيمة مبيعة أو بالاعيان وهي معينة عن أو غير معينة مبيعة كمن قال اشترى كرا من الحنطة بمذ العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ممن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالتحاق ولو باع عبد أو سلمه ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبى لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبى (قوله ومن اشترى مكبلا مكابله أو موز وناموازته) أى اشتراه على كذا كبلا أو رطلا (فاكثاله أو اتزته) لنفسه (ثم باعه مكابله أو موز وناموازته) في الموزون (لم يجز للشترى منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرقا أسنده عنه ابن ماجه واسحق وابن أبي شيبة وأعل بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ولفظه من حديث أبي هريرة وزاد فيه فيكون صاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البرار حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم الجرمي حدثنا محمد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لانعماء بروى عن أبي هريرة الامن هذا الوجه وله طريقان أخران عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثيران عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه في غرائر

قال المصنف (والاجارة قبل على هذا الاختلاف) أقول قال العلامة الكاكي وفي الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك

التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا في الاول في الفوائد الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرماني أورد عليه اشكالا انه اذا أجزأ المستأجر قبل القبض يجوز ولو صح ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البرازي وأنت خير بأن العين قائم مقام المنفعة في حق ارتباط الاتمين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى وما ذكره تأييدا لاشكال لا جواب عنه كما هو ظاهر عبارته

قال المصنف (لان الزيادة) واعترض بأن الزيادة لا تنصور في المجازفة وأجيب بأن من الجائز ان يشتري مكيلا مكيالة فاكتاله على انه عشرة أقفرة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكييل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمثل ما ترى وقبل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيرة فاذا هو زائد على ما ظنه فالزائد لا يشتري ويجوز ان يجعل من باب الغرض ومعناه (٢٦٨) ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت

للمشتري حيث لم يقع العقد مكيالة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض الحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسמעوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما يبيع مكيالة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهى عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكيالة فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن التفصي عن عهدته ذلك بان يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضى جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه

لان الزيادة وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

ثم يبيح الله الكيل فنهاها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعا حتى يكيلا لمن ابتاعه منهم ما هذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا ما لاك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم وحين علمه الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتم حقه عن حق البائع اذ عسى ان يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الا كل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما والحقوا بالكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالخوز والبيض اذا اشترى معاددة وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لا اتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالكين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلا يشتري ثوبا على انه عشرة أذرع جازان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مائة طائفة على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهى عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكييل أو الموزون مبيعا فلو كان ثوبا ان اشترى بهذا البر على انه كرفقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز قالوا ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص من بيع الطعام الامكالية فيقتضى منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكيالة أما اذا اشترى مجازفة ببيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه فلا يتصور اختلاط المالكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشترى البائع مكيالة وباعه كذلك أما اذا اشترى مجازفة فانه يحتاج اذا باعه مكيالة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوى حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكيالة أما لو كان ملكه بالارث أو الزراعة أو اشتري مجازفة أو استقرض حنطة على انها كرفقبضها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقرض غليظا بعوض كالشراء لكنه شراء بصورة عارية حكما لان ما يردده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان غليظا بعوض حكما ولو اشترى مكيالة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهى أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا أنه أكل ثم تركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات يباع فاسدا اذا قبضها فليكنها ثم أكلها وتقدم انه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا بين ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه

ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمننا كاسيا في حكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكييل لان الزيادة اذا الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف

ولامعتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحل الحديث اجتماع الصفتين على ما سياتى في باب السلم أن من أسلم في كثر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب المال بقبضه لم يكن قبضا وان أمره أن يقبضه لم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا (٣٦٩) بشرط الكيل لما ان الاكتفاء

بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقد بشرط الكيل فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكابله وكاله بحضرة مشتربه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحل الحديث اجتماع الصفتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين

ولامعتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لان البائع صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفتين على ما تبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدافه هو كالمذروع فيما روى عنهما لانه ليس بمال الزبا وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز)

أكل حراما (قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وان كان) كاله لنفسه (بحضرة المشتري) عن شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغية المشتري) وغية وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سواه فان في ذلك بشرط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغية لانه انتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كان البائع قفيرا منها غير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الافراز ومن هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكابله قبل ان يكتبه بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء أكاله للمشتري منه أولا لانه لم يكتب بعد شرائه هو لم يكن قابضا فيه به بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين أولا يتعين

فما اذا اجتمعت الصفتان كما في أول المسئلة وما سياتى في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا اذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضى أن يكتفى بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفعا جازيا على القوانين لكن لم أظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدافه هو كالمذروع فيما روى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الربا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمذروع وحكمه قد مر أنه لا يحتاج الى إعادة الذرع اذا باع من ارعة وكالموزون فيما روى عن أبي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا يحل الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزا على انما ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقد أو مما يتعين

كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم أو بكر من الخنطة جاز أن يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل في البقيع فذا خذ مكان الدراهم الدنانير وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ (٢٧٠) بالهلاك منتف لعدم تعيينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع قال

أقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن أخراجه فصار برامبتداً

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك أيضا في المبيع الا انه منع بالنص لغرر الانفساخ وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا يفسخ البيع ونلزمه قيمته وسائر الدون كالثمن اعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمنان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سمك عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبي فسالته فقال اذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هـذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لانعرفه مرفوعا الا من حديث سمك لا يضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه ورفع سمك وأنا أهابه لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقدم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة انباعه للاثراء لم يكن يقتضي أحد النقيدين عن الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما ما يبيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فنع النسبة فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان لبيت ذلك التصرف فكذا الميراث وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسند كشرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجوع بهامع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الاتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة برامبتداً من البائع والمشتري والحط ابراهم من بعض الثمن متى رده يرتد وجهه قوله ما ان المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان الميزيد عوضا عن ملكه أعني الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره لكانا انما قلنا انهما

(ويجوز للمشتري أن يزيد (البائع في الثمن) اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا أو باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع رجوع المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداء لانتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط

الثنى كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن أخراجه عن ذلك فصار برامبتداً

بالزيادة

(قوله لعدم تعيينها بالتعيين أي في النقود) أقول فيكون الدليل أخصر من المدعى قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن أخراجه فصار برامبتداً) أقول قوله وكذا الحط أي لا يلحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن أخراجه أي أخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع)

ولنا ان البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد بتراضيهم من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر و راجح وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل راجحا والخط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالاقالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين أو لهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد وإذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بوصفه لان عمل الخط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنًا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنًا وأما حط الجميع فتبديل للعقد لانه إما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انه مالم يقصد ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود (٢٧١) المانع ولا يلزم من عدم الاتحاق

للمانع عدمه لا للمانع فيلتحق حط البعض بأصل العقد وعلى اعتبار الاتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمراجعة حتى تجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الخط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا خير وليتلك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الخط بعد العقد ملتصقا بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الخط

ولنا انهما بالخط والزيادة غيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه راجحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لأصله لا تغيير بوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الاتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الخط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الخط بالزيادة والخط غير العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بمقدار ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فتحويه من عدم الزوم الى الزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالحاق الاجل كما سئد كرفي تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالاقالة وهي تعيده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه راجحا الى خاسرا أو خاسرا الى راجح والى كونه عدلا وثبت صحة الخط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد القرية فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الاتحاق بأصل العقد ضرورة ان تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذا وصف الشيء يقوم به بخلاف ما لو حط الكل لانه تبديل لأصله اذ يصير البديل الاخر هبة فيخرج عن كونه عقدا معاوضة الى عقد التبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الاتحاق انتفى فوهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الاتحاق في التولية والمراجعة فتجوز) المراجعة (على الكل) من الاصل والرائد ويجب ان يراجع على المبيع الاول ومازاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية (وببإشتر) العقد في المراجعة والتولية (على الباقي) بعد الخط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو اتحقت المراجعة في صورة الزيادة بالمجموع من

(قوله فصار) أي كل واحد من الزيادة والخط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من كتاب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبراه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حطت عندك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الأبراء انتهى ووجه الفرق مذكور في الكنايين المذكورين فراجعهم ما قاله منهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في المكيلات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الاتحاق فيهما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا و راجحا وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولو صح ما ذكره لبقى اتحاق الخط بلا دليل ولا يفتي ما فيه (قوله فان قيل لو كان حط البعض صحا لكان حط الكل كذلك الخ) أقول يعني بطريق الاتحاق والخط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول والالم يكن بيعا (قوله لانه إما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق في أحكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق حط البعض) أقول لا يكفي لثبوت الاتحاق عدم المانع منه بل لا بد من مقتضى أيضا ولم يتبين فلا يستقيم التفريع

(قوله وانما كان الشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة متحققة بأصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كالمو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس له ما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما (٢٧٣) وهذا كله اذا كان المبيع قائما وما بعده هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر

وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة لا تصح بعده لانه المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستبدل بخلاف الخط لانه يحال يمكن اخراج البديل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) لان الثمن حقه فله أن يؤخره تبسيرا على من عليه

الأصل والرائد وهو منتف بل لا يأخذ الا بدون الزيادة أو يقال فلم يفرق بين الخط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان عجز رد العقد الاول تعلق حقه بأخذها ما وقع عليه التراضي الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منها يبطل حقه فلا ينفذ تصرفه ما ذلك عليه ثم شرع يذ كر شرط الزيادة والخط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكا بأن أعنتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب أو سلم أو أجر أو رهن ثم باعه من المستاجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طعن الخنطة أو نسج العززل أو تخمر العصور أو أسلم مشترى الخمر ذميا لا تصح الزيادة لقوات محل العقد اذا العقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها اذا فعل في المصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث ثبتت الزيادة وكذا اذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفاً أو قطع يد المبيع فأخذ المشتري ارشه حيث ثبتت الزيادة في كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لا بد أن يثبت أولا في الحال ثم يستند وثبوت متعذرا لا تنفاه المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالا جازة اذا كان المبيع هالكا وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روي الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعده هلاك المبيع كما يصح الخط بعده هلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بعقبه بلته كالمو خالع امرأته مع اجنبي أو صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئا بعقبه بلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعده هلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل قبيل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الخط) فانه يصح بعده هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البديل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله له اخراج القدر المخطوط عن أن يكون ثمنافا ثانيا بشرط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الخط ملحقا بأصل العقد الا ترى انه يصح الخط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوي ما يرجع به فاسقاط عوض المعلوم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالاجل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حالا ليس الا وعدا بالناخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تبسيرا على من عليه)

الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخط لانه يحال يمكن اخراج البديل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلتحق بأصل العقد استنادا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائما تقدير او تجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لا يثبت الملك أو ابقائه بطريقتي التجدد فلم يكن لبقاء العقد في حقه فائدة فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقطت بحصتها شئ من الثمن

قال (ومن باع بثمن حال) ثم أجله بأجل معلوم اذا باع شيئا بثمن حال ثم أجله لا يخلو من أن يكون الاجل معلوما أو مجهولا وهذا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

ولان التأجيل اثبات برافعة مؤقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلا تملك البراءة المؤقتة أولى وان كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الجهالة قاحشة أو بسيرة فان كان الاول كما اذا أجهل الى هبوب الريح وتزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع (٣٧٣) الجهالة البسيرة بخلاف البيع

(وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلاً (لما ذكرنا) انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة (ولا يملك من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء) لان الواجب بالقرض رد المثل لارد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أى لا يلزم التأجيل فيه (كفى الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية وهو ربا) وهذا يقتضى فساد القرض لكن ندب الشرع اليه وأجمع الأمة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا يجوز به لالزوم ونفوض (بما اذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة) فانه قرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه ان يقرضه ولا يبطأ به) الى سنة وأجيب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع

ألا ترى أنه يملك ابراءه مطلقاً فكذلك مؤقتاً ولو أجهل الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متفاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال اذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً) لما ذكرنا (الا القرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملك من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كفى الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يبطأ به قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للوصي والله تعالى أعلم

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لاشك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التأخير بشرط اذا أخر وقوله (ألا ترى) الى آخره يستدل به مستقلاً في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فثبت شرعاً السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعاً سقوطه مطلقاً باسقاطه مطلقاً (ولو أجهل الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجى المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت) بسيرة (كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما اذا كفل اليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين (وكل دين حال اذا أجهله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح) ولو شرط الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضاً لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولومات المقرض فأجل ورثته صرح قاضحان بأنه لا يصح كالأجل المقرض وقول صاحب الميسر ينفى أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اذ باستهلاكها لا تصير قرضاً والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر دينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الالف بدل أفرضتك ونحوه (ولهذا) لا يملك من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصي والصبي والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لانه اعطاء لما أخذ به بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فانه لو اعاره المتاع الى شهر كان له ان يسترده في الحال اذ لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضاً (لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بمثلها نسبية وهو ربا) ولانه لو لم يكن التبرع ملزماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو يناق في موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلولزم تحقق سبيل عليه ثم لثلث المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تملك دارهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعاً كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

(٣٥ - فتح القدير خامس) كالوصية بالخدمة والسكنى في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية مالا يلزم في غيرها

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضه من ثلثه لا يلزم تقديم معمول ما في خبر أن عليه وتصحيح ما في الكتاب يجعل المذكور تفسيراً للقدرة قبل أن والله أعلم

ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بسنة فلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في الفرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله أعلم

باب الربا

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتعوا من فضل الله شرع في بيان أنواع بيع غير من الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة فإن النهي يعقب الأمر وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً (٢٧٤) والحرام الذي هو الربا ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد قال قد منعت

باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل

سنة مع أنه لو أعاره عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بسنة جاز وإن كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى وتطرق له فضلاً من الله ورحمة والرجعة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لأنهم اتفكوا مضاف إلى حال زوال مال كنيته والله تعالى أعلم

باب الربا

هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بإسبب زيادة فيه فناسبته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهيّة والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفي عدة من النسخ الربا محرم في كل مكيل إلى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلاً الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربا أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسند كرتفصيلها ويقال لنفس الزيادة أعني بالمعنى المصدري ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزاد في بيع تلك الأموال بجنسها قدر ليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يراد كل منه ماله كذب على إسقاط لفظ متفاضلاً أولاً فائدة فيه بتقدير إثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة أما على استعمال الربا في حرمة فيكون لفظ الربا مجازاً أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتباً بالفاعل أعرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علمته ولم يرتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل العتق والذرع وليس من أموال الربا أي

كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المال أي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الأشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسبة جار في كل ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أي لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر

باب الربا

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيع الفاسد من جهة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السخا في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جاراً ومستقرف في كل مكيل قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذروع والعدد وليس من أموال الربا انتهى ويمكن أن يقال ألف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن

(والاصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وعدا الاشياء الستة الخنطة والشعر والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم وروى بروايتين بالرفع مثل بمثل (٣٧٥) وبالنصب مثلاً بمثل ومعنى الاول

بيع الخنطة حذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وأعرب بأعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمثل والمراد بالمائة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روى كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الخنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة ابن الصامت جدها وورديتها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضا فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهادة اذ مات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عن بعين وعند الشافعي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفصل من حيث الكيل

والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا وعدا الاشياء الستة الخنطة والشعر والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال وروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائمين لكن العلة عندنا ما ذكرناه

علة تحريم الزيادة كونه مكيلام مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة (والاصل فيه الحديث المشهور) أخرج الستة الا بخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعر بالشعر والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء يسوا عيدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فن زاد أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد أربى الا ما اختلفت ألوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلاً بمثل وأما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عطاء بن العوف عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بأسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخر وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكره ما يدا بيد وأما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعر والشعير أكره ما يدا بيد وأما النسيئة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعر لا يقتصر على زيادة الفضة والشعر بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتمد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعر (قوله والحكم) يعني حرمة الربا ووجوب النسوية (معلول باجماع القائمين) أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدمة ذكرها أما الظاهرية فلا تنهم يتنون القياس وأما عثمان البتي فلا يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولا أنه يبطل العدة ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله لا يبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به ولا يبطل الممنوع هو الإبطال بالنقص أما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها ومن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضاً ما تورع عن قتادة وطاوس قيل فانحرم قوله باجماع القائمين (قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه) يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء بأحدهما مفردا يحرم النساء ويحل التفاضل

حرام عندنا وعند فضل ذات أحدهما على الآخر حرام (والحكم معلول باجماع القائمين) احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ما ذكرناه) من القدر والجنس

(قوله ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الخنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزنا بوزن حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره

(وعند الشافعي الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط) لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحدها لا يكون لها أثر في تحريم النساء فلا بأس من هرويا في هرويا جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود أحد وصفي العلة وسبأني (والمساواة مخلص) يخلص بها عن الحرمة لانه أي الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثل لا يمتثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النص وفي رواية الرفع يقال معناه على النص لانه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أي كل من الشرطين (يشعر بالعزة ٣٧٦) والخطر كالشهادة في النكاح) فإذا كان عزيزا خطيرا (بعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم) في المطعومات (لبقاء الانسان به والتمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك) أي في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطا) والحاصل ان العلة انما

وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد بدور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا للمعنى البيع اذ هو ينبي عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا

كما سأتى (وعند الشافعي الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص) من الحرمة (وهي) أعني الحرمة (الاصل) وعند مالك العلة الاقتيات والادخار فكل ما يقتات ويدخر فهو ربا وما لا فلا لانه صلى الله عليه وسلم خص البر وما ذكركم به ليفيد بكل معنى ظاهر فيه فنبه بالبر على مقتات تم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير بشاركه فيه مع كونه علفا وقوت لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمتع على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالمخ على أن ما أصلح المقتات من الماء كولات فهو في حكمها فيلحق الا بازيروما في ممانها والذهب والفضة مما لا يباع بعلة فاصرة عندهم وهي كونها ماقيم الاشياء وأصول الاثمان وقال الشافعي في القديم العلة الطعم مع الكيل أو الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والتمنية في النقدين ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي الى الفلوس الرائجة وجهه والصحيح أنه لا ربا فيها لان انتفاء التمنية الغالبة وهو قول أحد في رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء وعلى الجديد يحرم الربا في الماء وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بعثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة وروى لا يتبعوا الطعام الى آخره فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها لولا اقتصر على قوله لا يتبعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقا فلم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليق بالقدري يقتضي تخصيص هذا النص اذ يجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد أنها علة منصوبة ولو أخذنا في استنباط علة أدنا الى هذه العلة أيضا ووجهه أنه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فوجب تعليقه بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك اتعلق بقاء النفوس به والتمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها يحصل المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدري (في ذلك) أي في اظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطا والحكم قد بدور مع الشرط) كالرجم مع الاحسان (ولنا أنه) أي النص المشهور (أوجب التماثل شرطا للبيع) وإيجاب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) اذ لا بد فيه من اضممار لفظ بيع ووجب انتصاب مثلا أي بيعه واهذه

وهو الطعم في المطعومات (لبقاء الانسان به والتمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك) أي في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطا) والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير والطمع والتمنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا به (ولنا ان الحديث أوجب المماثلة شرطا في البيع) بقوله مثلا بعثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لاحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فانه ينبي عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أو صيانة لاموال الناس عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر كان

التبادل مضيعا لفضل ما فيه الفضل (أو تميما للفائدة باتصال التسليم به) أي بالمماثل يعني ان في النقدين لكونهما الاشياء

لا يتعينان بالتعديين شرطت المماثلة قبضا بعدد مماثلة كل منهما لا آخر لانه يمين فائدة العقد وهو ثبوت المالك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدر الايمان المماثلة من حيث القبض والاولى أن يقال لو لم يكن أحد العوضين مماثلا لا آخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعا في حق أحد المتعاقدين وضررا في حق الآخر واذا كان مثالا

(قوله وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء) أقول ضمير لها راجع الى قوله والجنسية شرط الخ

لأنه لا يكون نفعاً في حقهما فكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً ولقائل أن يقول هذه الأوجه الثلاثة المذكورة لا شرط التماثل مما يجب تحقيقه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تنكف العلة عن المأمول والجواب أن موجبها في الربا هو النص والوجوه المذكورة حكمتها لاعتباره ليتصور التخاف وإذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربا لأن المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول انما لزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل أن لم توجد الوساطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب غنة (قوله والمماثلة بين الشئين) بيان عليه القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشئين وذلك لأن المماثلة بين الشئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوى الذات) أي الصورة (والجنسية تسوى المعنى) فإن كيلاً من ريساوى كيلاً من درمن حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيرة خنطة بقفيرة شعيرة يساويان صورة لا معنى واقائل أن يقول (٢٧٧) قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعلتها

والمماثلة بين الشئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً ولأن في اعتباره سد باب البياعات

الاشياء مثلاً بمثل وبمذاً تبين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل وقوله لا تتبعوا الطعام الحديث انما ينصرف النهي إلى ما بعد الانكحار وما جاء زيد الأراكا وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن في إيجاب المماثلة تحقيقاً للمعنى البيع المنبئ عن التقابل إذ كان عقد معاوضة فاستدعى شئين كما أن المماثلة تستدعى شئين وكذا تحقيق معنى التماثل فإن كلامهم مساو لأن آخر في كونه مستدعى العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليعتبر معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لأموال الناس عن التوى) فإنه إذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء فإذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تأويل على مالكة فله قصد صيانة أموال الناس عن التوى أو جوب المماثلة بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء لم يتقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى إلا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في إحدى الجهتين ثم من تنسيم التماثل المساواة في التقابض فإن للحال منية على المؤخر فإيجاب التقابض أيضاً لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظاً عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشئين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات) أي الصورة (والجنسية تسوى المعنى) فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد وعلمت أن الخلاف في المعاوضة لا يتحقق إلا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في إثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) أما (لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً) وفيه نظر (أولاً) في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لأنه قلما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت مما لم يعتبر وقوله

في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساوي في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبارة في المكيلات لأن الناس لا يعدون ذلك الآمن باب اليسير وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تفاضل في القيمة في العرف (أولاً) في اعتباره سد باب البياعات لأن الخنطة لا تكون مثلاً للخنطة من كل وجه والمراد البياعات الربويات لا مطلق البياعات لأن اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات

(قوله ولقائل أن يقول إلى قوله لأنها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فإنه إذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تنعيم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول انما لزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول إذا كان مراعاة شرط الحل واجباً على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكرهه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكر وهو الثابت بظني كالقرض والواجب ألا يرى إلى مقابلة البيع المكروه بالفساد فيما سبق (قوله ولقائل أن يقول قد تبين أن المماثلة إلى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فإن المعلن هو وجوب المماثلة لأنفسها

(أول قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جازا يبيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المقيار لا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيلاً وفي الذهب بالذهب ووزناً بوزن (وان تفاضلاً لم يجز) لتحقيق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردي عما فيه الرابا الا مثلاً بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ان صح يفيد ذلك والافهم مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعند تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتوارد على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عنيوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لاء عنيوا العلة بمعنى المعرفة للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعندها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكرنا وعندها هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتفاضل أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فساداً عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتهد الحاجة اليه اشتداداً تاماً (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلال للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحاً مناسباً للحكم على أن يمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كوله لا يسمى طعاماً ولا يفهمونه من افظا الطعام لا ترى أن ما يكافئ ما قد منأجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكور ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخرعه والخافه بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعاً وعرفاً وعادة عن الابتدال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباح حتى الذهب والفضة وانما لم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتدال والامتنان دفعا للحوادث الاصلية فالخافه به غير صحيح الا أنهم لما حصروا المعرفة في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجازوا بيع التفاحه بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرفة للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أما فيه فكل ما نحر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمره لاني حكم الربا لان الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة لوجود التفاوت الا أن الناس أهذروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبي الا أن يأخذ عينيها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحه بشنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدر في الشرع بما دونها فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة وفي جمع التفاريق قبل لاروايه في الحفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كافي ديناراً من وضع ربع الفدح وعن القدح المصري فلا شك

أول قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جازا يبيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المقيار لا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيلاً وفي الذهب بالذهب ووزناً بوزن (وان تفاضلاً لم يجز) لتحقيق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردي عما فيه الرابا الا مثلاً بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف

صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ان صح يفيد ذلك والافهم مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعند تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتوارد على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عنيوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهو لاء عنيوا العلة بمعنى المعرفة للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعندها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكرنا وعندها هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة في المقدار والتفاضل أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فساداً عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتهد الحاجة اليه اشتداداً تاماً (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلال للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحاً مناسباً للحكم على أن يمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كوله لا يسمى طعاماً ولا يفهمونه من افظا الطعام لا ترى أن ما يكافئ ما قد منأجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكور ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخرعه والخافه بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعاً وعرفاً وعادة عن الابتدال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباح حتى الذهب والفضة وانما لم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتدال والامتنان دفعا للحوادث الاصلية فالخافه به غير صحيح الا أنهم لما حصروا المعرفة في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجازوا بيع التفاحه بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرفة للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أما فيه فكل ما نحر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمره لاني حكم الربا لان الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة لوجود التفاوت الا أن الناس أهذروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبي الا أن يأخذ عينيها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحه بشنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدر في الشرع بما دونها فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة وفي جمع التفاريق قبل لاروايه في الحفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كافي ديناراً من وضع ربع الفدح وعن القدح المصري فلا شك

قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفتين) أى وعمما يترب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحية بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقيق الفضل وتحقيق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقيق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أى ولان الحفنة والحفتين لم تدخل تحت المعيار الشرعى ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لامتثالها لبقية مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات (٢٧٩) والموزونات كلها من ذوات

الامثال دون القيم وعند الشافعى رضى الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحية بتفاحية لوجود الطعم وعدم المساوى ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلا يباع خمس حفات من الحنطة بست حفات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بمادونه وأما اذا كان أحد البديلين بلغ حد نصف الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما (اذا تباعا مكلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية قال فاذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل (حل التفاضل والنساء) كالتعريف بالشعر لا يجوز الا مع التساوى والتقابض (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى وكذا حديث في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا لانها وزنية (فخرمة ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما) أحدهما دون الآخر

(ويجوز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحية بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعى رحمه الله العلة هي الطعم ولا يخلص وهو المساواة فيحرم ومادون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بمادونه ولونبايعا مكلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الاباحة واذا وجد أحرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير فخرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) ينفرع على الخلاف ما لو تباعا مكلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بيعين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها ووصون المال ظاهرا منضبطا فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروى بهروى وفي الاسرار مادون الحبة من الذهب والفضة لاقية له (قوله) واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه (وهو القدر) (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى بهروى بين إلى أجل والجوز بالبض إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا التحدث العلة لم يترتب من عدمها العدم لابعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلى واذا عدم سبب الحرمة (والأصل في البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من اصنافه كان النابت الحل (واذا وجد) أى الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعر بالشعر لا يجوز الا مع التساوى والتقابض (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم ثوبا (هرويا في ثوب هروى) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد بعبد إلى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهروى بين حاضر اجاز (أو حنطة في شعير) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى وكذا حديث في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا لانها وزنية (فخرمة ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما) أحدهما دون الآخر

فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقق ما أشار اليه بقوله (والأصل فيه الاباحة) يعني اذا كانت أصلا وقد تركزت لوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عنده عدمهما الا أن العدم يثبت شيئا فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير فخرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبد بعبد إلى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز

(وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالخديد والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكور لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد وجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسبة وكذا بيع الخنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربا من وجهه ونحقيقه ما ثبت ان في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز أن يكون محلها وعلة محل الحقيقة وعلمنا ان الكانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه الربا بالنسبة مال الربا من وجهه نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الخنطة مع الشعير أو الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان أحدهما نقدا والآخر نسبة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجهه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلا لشبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة (٢٨٠) هي المعبرة دون النازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون

مطابقا أو في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وغلة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما أن الحقيقة مانعة في

وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجهه نظرا الى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة

والنساء بالمساواة غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم نساء) لانه دليل عليه وايضا دل الدليل على نفسه وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرا بعيرين الى أجل وهذا يكون سلما وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة الى أجل وعن علي رضي الله عنه أنه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بأن باع الواحد بالاثنتين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان اتفاقا فالتفاوت حكما أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا انه مال الربا نظرا الى القدر أو الجنس) وعرف أن (النقدية أوجبت فضلا في المالية) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالمؤجل (فتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا) بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية بمجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الربوية وليس

محلها اذا وجدت العلة بكالها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالأحاديث التي تدل على كل واحد فيه منهما كما استدلل بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرا بعيرين الى أجل للشافعي رحمه الله وبما روى أبو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة لنا فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الاجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم الى قوله لتحقق شبهة الربا الخ) أقول أنت خير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت شبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل فلا يجوز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد فإذ كره الشارح مغالطة لا يجدي شيئا الا ترى الى قول المصنف بعد سطوره في هذا الوباغ الخنطة بجنسها الى ان قال لتوهم الفضل فليتنامل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول بعني قوله قبل تسعة أسطر تخميننا وهو قوله ما يجري فيه الربا بالنسبة مال الربا من وجهه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك) أقول اذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح للمعبرم احتياطا على ما فصل في كتب الاصول وهذا يكفي في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما روى عن عبد الله كما لا يخفى على من نظري كتبهم (قوله فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله اجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء خبره

وقوله (الا انه اذا سلم) استثناء من قوله فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالفطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلا لأن الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهي معربة ٣ سنك ترزون ونقل عن الفراء أن السنين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين وأما الثاني فلأن الزعفران ممن يتعين بالتعيين والنقود ممن لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلا لأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشترت هذا الزعفران (٢٨١) بهذا النقدا المشار اليه على أنه

عشرة دنانير مثلاً فقبضه
البائع صح التصرف فيه
قبل الوزن ولو باع الزعفران
بشرط أنه منوان مثلاً وقبله
المشتري ليس له أن يتصرف
فيه حتى يعيد الوزن (وإذا
اختلف في الوزن صورة ومعنى
وحكم لم يجمعهما القدر من
كل وجه فتزل الشبهة فيه إلى
شبهة الشبهة) فان الموزونين
إذا اتفقا فالمنع للشبهة فإذا لم
يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن
والوزن وحده شبهة فكان
ذلك شبهة الشبهة (وهي غير
معتبرة) لا يقال لم يخرج بذلك
عن كونهما موزونين فقد
جمعهما الوزن لان انطلاق
الوزن عليهما حينئذ
لا اشتراك اللفظي ليس الا
وهو لا يفيد الاتحاد بينهما
فصار كأن الوزن لم يجمعهما
حقيقة وفي عبارة المصنف
رحمه الله تسامح فانه قال فاذا
اختلفا صورة ولم يختلفا صورة
ولهذا قال شمس الأئمة بل
نقول اتفقا في معنى الوزن
صورة لا معنى وحكم الا اذا
حل قوله صورة على أن
معناه صفة كما قال في أول
التعليل في صفة الوزن

الا انه اذا سلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقا في صفة الوزن فان
الزعفران يوزن بالامناء وهو ممن يتعين بالتعيين والنقود يوزن بالصنجات وهو ممن لا يتعين بالتعيين
ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا
فيه صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة
فيه الاشبهة بثبوت الفضل بل قالوا لو تباعا بمجازة ثم كيل بعد ذلك فظهر امتساويين لم يجز عندنا أيضا
خلاف الزعفران العلم بالمساواة عند العقد بشرط الجواز لانه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا
الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الخطبة بالشعيرة نسبة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه في
ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا
اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد فالزم التفاضل عند الاختلاف وهو
تحريم النسبة وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعيرة
والشعيرة كثرها يدا بيد وأما النسبة فلا وأخرج أبو داود أيضا قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا جاد
عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة
فقام دليل على أن وجود أحد جزأي علة الر باعلة لتحريم النساء ثم علمنا بأن فيه شبهة الربا أعني الفضل
وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكرنا من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضا لان
لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما
ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح أو يجمع بينهما بأن ذلك كان
قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكرنا لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران
وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود
وفي تلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالامناء والقبان وهذا
اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران
وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو
اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها قبل
وزنها نانيا وفي الزعفران ونحوه بشرط اعادة الوزن في مثله (فاذا اختلفا) أي النقود والزعفران ونحوه
(فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكم لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكم نشر مرتب بعد الف ولا يخفى أن التعيين بالتعيين
وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتبار اختلاف معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران
والمسك والزاباد يوزن بالصنجات أيضا وكذلك الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك
وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد أنه بعد ما ترتبه من بانه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى

(٣٦ - فتح القدير خامس) فذلك اعتبار رائد على ما ذكره شمس الأئمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان
الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلم يجوز لوجود أحد الوصفين لان سد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل
والغالب فأنشأ الرخصة في التجوز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العمل ولسنا نقول به
(قوله وأما الثاني فلان الزعفران ممن الخ) أقول لا يظهر كون هذا اختلاف في معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين (قوله
لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي) أقول لا يخفى عليك انني اشتراك معنى الوزن مما ينبغي البديهة

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الخنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى

(قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالخنطة والشعير والتمر والملح (فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لان النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الاعلى من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى

يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعده هذا البيع أن يرتبه الاخر ليسلمه اليه ليصح تصرف الاخر فيه وكذا نقول في الدراهم اذا قبضها او اما أن يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت غنما أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ممن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويحقق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقل لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت أجناسها كالسلم حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جازا الا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقادين بمثل من جنسه يد بيد فحاشا كان أو حديد او ان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيه بالفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الخنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أوجب بأن امتناعه لا امتناع كون النقد مسما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز به عابثن مؤجل وان كان بالنظر السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن ينعقد به عابثن مؤجل هذا واختلاف الجنس بعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالخنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر من تفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة والشعير بالشعير يدل على أنهما جنسان والاقال الطعام بالطعام وكون اسم الأعم يصح إطلاقه على الاختص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروى وهو يسكون الراجح جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه أجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالبسة واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة أصولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطبب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم أنهم متماثلان في الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في اخراج الشموع والسرج الى المقابر الى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجة العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها) أي عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار (٢٨٣) العرف على خلاف المنصوص عليه

أيضا لان النص على ذلك) أيضا لان النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع خنطة بجنسها متساويا وزنا أو ذهبا بجنسها متماثلا كيلا) حاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وان تعارفوا لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الخنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه يتقى المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكرا في التهمة انه ذكر في المجرى عن أصحابنا انه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت) أقول استقرار الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الخنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسها متماثلا كيلا لا يجوز عنده ما وان تعارفوا ذلك اتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الخنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجنبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الخنطة الربعية بالخريفية موزونا ومتساويا لا يجوز (ومالم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الاسواق (لانها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجا من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق (وعن أبي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذلك (و قد تبدلت) فتبدل الحكم وأوجب بأن تقر به صلى الله عليه وسلم ايهاهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم بأبي يوسف لأن قصاره أنه كنهه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيالنص عليه على وزان ما ذكرناه في سنية التروايج مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لو اظبط حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا أمننا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا لو باع الخنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسها متماثلا كيلا لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله (وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الا أنه الى آخره) استثناء على قولهم ما من قوله فهو مكيل أبدا أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدأ فهو بعمومه يمنع السلم في الخنطة ونحوها وزنا فاستثناءه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فإلم يكن ذلك المسوى التحق بالخلاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا رحمه الله أنه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضى أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريقي روى عنه ما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرق بين الكيل نصا للوزن عادة وقلبه فأما الوزني نصا وعادة كما في اناه من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر ففي الاناه من غير النقصين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يباعان وزنا لانه عددى متقارب وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز زفانه يجري فيهما بالفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصناعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه

على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبني على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقرار الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبني على هذه الرواية

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) (٢٨٤) الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواق جمع اوقية كائتفة واثاف قبل

هي وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح أنه أربعون درهما والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواق فهو وزني لأنها قدرت بطريق الوزن اذ تعدلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواق وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لأنها قدرت يعني أن سائر المكاييل لو قدرت بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز اتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جازوا نما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لأنه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال بريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لأنه لا يستمكن الا في وعاء وفي وزن كل وعاء خرج فانخذ الرطل في ذلك نيسير افرقنا أن كل الرطل بيع موزون جاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان الخ) عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في الجاس قوله

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالاواق لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز اتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)

فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضا من أن يكون موزونا بالعرف (قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربحا ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتر فيها اسم ير جمع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار أو الى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجري عليه حكم الكيل وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فأفاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بمكيال متساو بين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلها لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الخراف ولو تباعا كيلا متفاضلا وهما متساويا الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لأفاده أنه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز انما قدمنا أن أموال الرابو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لفر وقول الشافعي كقولنا بل لأفاده أنه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية مختلف فيها عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الا أن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفي حلب أكثر من ذلك وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاسكندرية الرطل المذكور اربع الكتان ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر اوقية وربما كان في غيرها عشرين اوقية وحيث لا يشك اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع أسماء أخرى توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها في عرف الحال وقوله بمكيال لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان) ذهب اوقية بحجته أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتفاضل قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقد عقد الصرف ومشاقر سخا ثم تقابضا واقتراضا وان لا يكون به خیار وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيد ولو أسقط الخيار والاجل في المجلس عاد صجحا خلافا لفر وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربا الاهاه وهاء وروى ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الاهاه وهاء والورق بالورق ربا الاهاه وهاء والبر بالبر ربا الاهاه وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاه وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاه وهاء ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربا الاهاه وهاء والبر بالبر ربا الاهاه وهاء محمد رد من هاء وألف وهمزة بوزن هاء مبنية على الفتح ومعناه خذوها يعني هو ربا الاهاه يقول كل من مال صاحبه خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بأنه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال (وما سواه) أي ما سوى عقد الصرف (بما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو اقر قايعة تعين البدلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافا لشافعي في بيع الطعام)

(أقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاهنا وهاء) معناه يدا بيد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاء معدودة على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فبفتحها بضان وفسره بقوله يدا بيد جرحا إلى أفادة معنى التعيين كالتبيين (وماسوى جنس الاثمان) من الرويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام) أي في كل مطعوم سواء بيع بنفسه كبيع كتر حنطة بكر حنطة أو بغير جنسه كبيع حنطة بشعير أو غير فانه إذا افترقا لاعتن قبض فسد العقد عند استدلال على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة فهي كناية وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد منزلة فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والذابة وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين في العقد وقوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه إذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليل على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتفيا بالاجتماع المركب أما عندنا فلا نالان الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حل أحدهما على الآخر وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آتية كما تقدم وان يكون التعيين لأنه انما يكون بالإشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم (٢٨٥) العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لان نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو في معنى العين في الحال كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناع ذهب ببيع إناع مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط

أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهنا وهاء معناه يدا بيد وسنين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال (وماسواء عما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدا بيد ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض والنقد منزلة فتثبت شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه يتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه أي كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقابض أقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولأنه حجة تنذيق التعاقب في القبض والنقد منزلة فتكون كالمؤجل اذ يحصل التفاوت في البدلين (ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط في حصة بيعه) القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والذاتير لا تتعين بملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم روايه

قال المصنف (أقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاهنا وهاء) أقول قال الاتقاني قال المطرزي هاء بوزن هاع بمعنى خذ منه فوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فبفتحها بضان والقصر خطأ انتهى وفي شرح مسلم للنووي فيه اثنتان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هاء فابدلت الهمزة من الكاف ثم قال وغط الخطائي وغيره من المحدثين في رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليست بغلط بل هي صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالة على الوجوب) أقول في أوائل هذا الباب وهو قوله فان قيل تقدير بيعوا بوجوب البيع وهو مباح أجيب بأن الوجوب مصر وف إلى الصفة (قوله وهاء معدودة على وزن هاع ومعناه خذ) أقول فمعنى الحديث والله تعالى أعلم بيعوا الفضة بالفضة قائلا كل منكم صاحبه هاء وهاء وفيه بحث بل المعنى متقائلين هاهنا وهاء (قوله أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لو صح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطا في غير الاثمان أيضا اذ لفظ هاهنا وهاء مذكور في الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليستأمل (قوله المدلول عليهما) أقول يعني ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض إذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاؤه أيضا ممنوع عنده (قوله ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلام معني المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لانا لانسلم ان ما نحن فيه ليس كذلك الا يرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلا يمثل يدا بيد الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة

وأجيب بأنه وإن تعين لكتنه لما كان (٢٨٦) تخالفة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشتراط القبض دفعها

واعترض بأن ما ذكرتم انما هو على طريقكم في ان الاثمان لا تعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادئ ههنا لثبوتها باللائل الملزمة على ما عرف في موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب بعد تفاوت في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددي المتقارب بحسنه متفاضلا جائزا ان كان موجودين لانعدام المعيار وان كان أحدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس باتفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنتين أجيب بأن التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوت في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطم على ما مر

عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ الاسواء بسواء عينا بعين فن زادوا وزادوا فقد أرى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت بمنوع بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكرا لاجل وقد استشكل بأنه استدلال يدا بيد على اشتراط التعاقب قبل الاقتراف في الصرف ثم استدلل به هنا على ان الشرط التعيين لا التعاقب فيكون تعميما للشتر أو للحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاهنا يدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدل به على التعاقب في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هنا انما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقايض يكون لا بغيره لما قلنا انما لا يتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للعنمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسيره ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة قلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقايض ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الر باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن أوس اصطف من طلحة بن عبيد الله صرافا بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب بقلبه في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاهنا وهاء والبر بالبر ربا الا هاهنا وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاهنا وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاهنا وهاء وهذا استدلال ابن الجوزي على اشتراط التقايض على أبي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاهنا وهو من أسماء الأفعال ومنه هاهنا اقرؤا كتابه وقال قائل

نخرج لي من بغضها السقاء * ثم تقول من يعيد هاه

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقايض فدفع بان الاسم بني هناك عن صرف كل الى الآخر في يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه لان الدليل السمي على الوجه الذي قرناه يستقل بطوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرين) الى آخره ومبني ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد وهي من مسائل الجامع الصغير صورتهافي محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة بيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمر بتمرين يدا بيد جازا اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما دينارا وصوره أربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهم - الا يجوز لان الفلاس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوزة منها فيكون أحدهما فضلا خاليا مشروطا بالعقد وهو الربا وان يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لا يستحقه فلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين بأعيانهم ما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق) (٢٨٨) بيع الخنطة بالدقيق أو بالسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة

الربا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانها أي الدقيق والسويق من أجزاء الخنطة لان الطحن لم يؤثر إلا في تفريق الأجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر زائلا من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الخنطة والشعر وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يبتغي من الخنطة لا يبتغي من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكسكس والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وروبا الفضل بين الخنطة والخنطة كان ثابنا قبل الطحن وبصيرورته دقيقة زالت المجانسة من وجه دون وجه فوق الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق خنطة أولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لاحالة الاول بوجوب الجواز اذا كان متساويا كذلك أجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير متساويين الخنطة لا كتنازهما فيه وتخلخل حبات الخنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة

قال المصنف (لانهم من أجزاء الخنطة) أقول وانما

لم يقل أجزاءها لان من أجزائها النخالة أيضا

قال (ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهم من أجزاء الخنطة والمعياريهما الكيل لكن الكيل غير متساويين الخنطة لا كتنازهما فيه وتخلخل حبات الخنطة

بالدرهمين ولهما ان ثمنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عرضا عترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمنيا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عرضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها أجيب بان الفلوس في الاصل عرض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان تصير ثمنيا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس وأما اذا اصطالحا على كونها عرضا فبطل على الاصل فيجوز ان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنا وان صار عرضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه حينئذ يبيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فأجاب بان الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعديدية واصطلاحهما على اهدار ثمنيتها لا يستلزم اهدار العديدية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العديدية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العديدية كالتقديدين والعديدية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خالقة وبخلاف ما اذا كانا غير عينيها لانه يبيع الكالي بالكالي وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسبية وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالنقود يبيع بماليس بعين ويكون مع ذلك حلالا فكونه بغير عينه ليس بمعناه نسبية وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالي بالكالي قال أبو عبيدة هو النسبية بالنسبية وفي الفائق كلاً الدين بالرفع كلاً فهو كالي اذا تأخر قال الشاعر * وعينه كالكالي الضمار * بهجور رجلا يريد بعينه عطية الحاضرة كالتأخر الذي لا يرجي ومنه كلاً الله بك كلاً العرأى كثره تأخيرا وتكلاً كلاً أي استنسأت نسبية وحديث النهي عن الكالي بالكالي رواه ابن أبي شيبه واسحق بن راهويه والبراز في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالي بكالي وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيلا له ان شعبة يروي عنه فقال لو رأى شعبة ماراً ينام منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمى عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمى ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزبيدي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالي بكالي والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الخنطة بالدقيق) أي دقيقها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أي سويق الخنطة اما سويق الشعر فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الخنطة ودقيقها وان انتفت اسماء صورة ومعنى موجودة فان المقصود من الخنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشامنتف في الدقيق فهي باقية من وجه لانهم من أجزاء الخنطة وانما لم يقل أجزاءها لان من أجزائها النخالة أيضا فالخنطة كسرت على أجزاء صغار وذلك لا ينفى المجانسة والمعياري في كل من الخنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب النسوية بينهما لان بعرض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكثرة (فيه) أي في الكيل أي منضمة انضماما شديدا والفتح في الكيل ليس كذلك فلا تحقق المساواة بينهما كلابل هو محتمل فصار

(فلا يجوز وان كان كيلا بكيل) قيل حرمة الربا حرمة تتناهي بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع ثبت حرمة لا تتناهي فصار مثل ظهار الذي على ما عرف وأجيب بان حرمة الربا تتناهي بالمساواة في الخنطة أو في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهي بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهي بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا تحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقيق الشرط وهو وجود المستوى ومتساويا كيلا بكيل قبل حالان متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية اني توهم جواز المساواة وزنا حكى عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء (٣٨٩) حنطة غير مقلية والسويق

اجزائها مقلية فكلا
يجوز بيع اجزاء بعض
بالاخر لقيام المجانسة من
وجهه فكذا لا يجوز بيع
اجزاء بعض باجزاء بعض
آخر

فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقيق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائه لقيام المجانسة من وجه

بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيل) مساو وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه وسفيان الثوري وأحمد في رواية خلافا لما لاك وأحمد في أظهر قوله لان الدقيق نفس الحنطة فرقت اجزائها فاشبهه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطعن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا أن الشافعي أجاز لان النخالة ليست من أموال الربا لانها لا تطعم وقوانا المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بمجنسه أما بالدرهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدرهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا استقرضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لان لا يعتدل في الكيل لانه يشكس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضل انما يجوز اذا تساويا كيلا انا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل نصب عرقا والاصل متساويا كيلا وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أحسن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة أحسن لا هذا ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المخول بغير المخول لا يجوز الا مما تلاو وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا مادقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا

قال المصنف (فكذا
بيع اجزائه ما) أقول
كان الظاهر أن يقول
فكذا باجزاء ما الا أنه
عدل الى هذا اشارة الى
أنها مبيعة أيضا في
أمثال هذا البيع (قوله
وأجيب بأن حرمة
الربا تتناهي بالمساواة في
الحنطة أو في الشبهة)
أقول قوله في الحنطة أو
في الشبهة يحتمل أن
يكون قيد المساواة فعني
قوله فان حرمة النساء
لا تتناهي بالمساواة أي
بشبهة المساواة التي في
النساء لاستلزام شبهة
الفضل شبهة المساواة

(٣٧ - فتح القدير خامس) أيضا ويحتمل أن يكون قيد الاربا هو الا نسب بقوله فان حرمة النساء الخ والاول أقرب فليتامل وأنت خير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ يعني الاحتمال الثاني والالزم التكرار (قوله ويجوز أن يقال الحرمة تتناهي بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول بان يكون كالا بديلين نسبية فانه لا يجوز للزوم الكالي بالكالي (قوله ومتساويا كيلا بكيل حالان متداخلان) أقول فكيف لا ينبغي ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندي ان انتصاب كيلا على التمييز أي متساويا كيلا فامل وسيجي من الشارح تفسير كيلا بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا فذلك كالتصريح بكون كيلا تميزا (قوله لقيام المجانسة من وجه) أقول مع انتفاء المستوى (قوله باجزاء بعض آخر) أقول لذلك أيضا

وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق انما اذا خبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلبس بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنس ان في بيعه كيف سئمت بعد ان يكون يدابيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشمل ما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلى اذا شوى (٣٩٠) ويجوز مقاوله من قلا يقلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها

وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفزأ أكثر ليكون اللحم بمقابله ما فيه من اللحم والباقي

شأن في جواز (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي دقيق الخنطة وسويقها مثلا (جنسان) وان رجعا الى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلى والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأني من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلبس بسمن وعسل ويؤكل لا يتأني من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وأبو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن يبيع الخنطة المقلية بالخنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الاعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الخنطة الا بتكسيه بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحادهما والثاني وعليه اقتصر المصنف أن يبيع الخنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا يبيع الخنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت الامع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والخنطة والدقيق أجزاء الخنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا فقولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الخنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات مادونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أي الجيدة السائلة من السوس (مع السوسة) ومع ذلك جعلنا جنسا واحدا غير ان السوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوي بينهما فاما يبيع الخنطة المقلية بالمقلية فاختلافها قبل يجوز اذا تساوى وزنا ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عقول في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما في الحيوان أو لا بشرط التعمين أما بالنسبة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه ك لحم البقرة بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيما كان وان كان من جنسه ك لحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفزأ أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابله مثله من اللحم وباقي اللحم

تتخذ من غير انقطاع والسوسة العنسة وهي دودة تقع في الصوف والنياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار الفلأ والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه الحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والافلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحة غير مفصولة عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا اذا كان اللحم المفزأ أكثر ليكون اللحم بمقابله ما فيه من اللحم والباقي

(قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول

لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الخنطة مع الدقيق مع انهما جعلاهما متحدى الجنس من وجه اذا المسئلة اتفاقية فبالهما هنالم يجعل الدقيق والسويق كذلك لان الخنطة اذا قليت صارت بالقلى كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد واذا فرقت الاجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجهه ففي الخنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتنا مل

(عقابة

بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في ضمن (فصار كالحل) أي الشيرج (بالسمسم وإلهما أنه باع الموزون بمائيس عوزون) لأن اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير بوزن (٣٩١) الثجير وهو ثقله وهذا في الحقيقة

جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير بوزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى إذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجملد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان يبيع اللحم به يبيع موزون بمائيس عوزون وفي ذلك اختلاف الجنس بين أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس منحرل بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون بدايد فان قيل اذا اختلف الجنس ان لم يشملهما الوزن جاز البيع نسبيته وليس كذلك أوجب بأن النسبية ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم وإلهما أنه باع الموزون بمائيس عوزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفته ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير بوزن الثجير

(بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا) إما لزيادة السقط ان كان اللحم المفروض مثل ما في الحيوان من اللحم أو لزيادة اللحم ان كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهمة وهو دهن السمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجملد والا كارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساوى بوزن بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل أما عندهما فظاهر لأنه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فأنما يجوز لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في أحدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شأن مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلم يجوز لأن اللحم عنده زيادة لحم الشاة بازاء الجملد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجملد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كالحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والأصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله في الإطلاق (أنه باع موزونا بمائيس عوزون) فغايتة اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في ضمن كالعصير مع الغنم والابن مع السمن لكن اتحادهم مع اختلاف المقدرة به انما يمنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون (لأنه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل لأن الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لأنه يثقل نفسه ويخففها فلا يدري حاله بخلاف الدهن والسمسم (لأن الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز بين الثجير ثم يوزن الثجير) هذا على التنزل والافهم ما على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذنا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأنا خافا آخر أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجسد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لأنه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واءلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف وقوى فن القوى مارواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حفص السلمي حدثني أبي حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عنه موصولا ومن لم

(قوله والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ) أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبيعة يشمل أي يظهر شموله إياهما عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني بوزن الحل الذي جعل مية ما في علم مقداره و بوزن السمسم الذي جعل في مقابله ويعلم قدره أيضا حينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فيعلم مقدار الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الأول للسمسم لتلك المعرفة فلعل المراد من تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنس بين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لا يثبت مدعاهما

(قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالاجماع ومثلاً بمثل حوزة أبو حنيفة خاصة (وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص اذا جف فقل نعم قال لا اذا) أى لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف (٢٩٢) وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدال الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال

لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولاى حنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمي الرطب تمرًا حين اهدى رطباً فقال أوكل تمر خبير هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روي عن الحديث المشهور وأما المعقول فما روى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكفوا شديداً عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخلو ما أن يكون تمرًا أولاً فان كان تمرًا جاز العقد بأول الحديث يعنى قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عباس وهو ضعيف في النقلة واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن سلنا قوته في الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بأن التردد اذ كور يقتضى جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره فتم من قال ذلك كلام

قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) وقال لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين اهدى اليه رطب أو كل تمر خبير هكذا سماه تمرًا وبيع التمر بمثله جائز لما روي انه لو كان تمرًا

ثبته فهو مرسل جيد وأنت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقة وأسند الشافعي الى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حتى يمت وأسند أيضاً عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان وبسند الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهو لا تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعنه بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابي بعنقه فقال اعطوني هذا العناق لحاف قال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وتأولوه على أنه كان من ابل الصدقة فخر لينة صدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رجهم الله لا يجوز فقد نفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متمائلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيمارى مالك في الموطأ عن عبد الله ابن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد أيها أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علمته وهو كونه ينقص في أحد البديلين في ثاني الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولاى حنيفة رضي الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب أو كل تمر خبير هكذا سماه) أى سمي الرطب (تمرًا) وهذا النمايت اذا كان المهدى رطباً وليس كذلك بل كان تمرًا أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بني عدي الانصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خبير هكذا فقال لا والله يا رسول الله انالنا أخذنا الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو يبيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر انالنا أخذنا الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بيع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنبياً والجمع أصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمرًا فأكل رطباً انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسند كرمامة ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمرًا) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشد عليه لمخالفته الخبر فسأله عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تمرًا أو لم يكن فان كان تمرًا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله

حسن في المناظرة لدفع شعب الخصم والحجة لا تتم به بل بما ينما من اطلاق اسم التمر عليه فنثبت أن التمر اسم المصنف لثمرة خارجة من النخل من حيث تنفذ صورتها الى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرقي وغيره ويجوز أن يقال انه حنطة

(قوله لا اذا) أقول مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أى اسم التمر

جازا لبيع بأول الحديث وإن كان غير عر فباخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال (وكذا الغنبل بالزيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه

المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فان المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكرنا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول وقد رددته بين كونه قرا أو لا بأن هنا قسمان ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوي في حال اعتدال البديلين وهو أن يحذف الآخر أبو حنيفة ينعى ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجباً أمر اخلياً وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانما في الحال يحكم بعدم التساوي لا كتنازاً أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لاختلاف كثير ورد طعنه في أبي عياش أيضاً بأنه ثقة كما نقلنا أنما من قول صاحب التنقيح وأيضاً روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروى عن رجل مجهول وقال المنذرى كيف يكون مجهولاً وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله ابن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهم ما مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكرنا ما ذكرنا وقد أجيب أيضاً بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسبة فانه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسبة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسبة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكاً واسماعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند الحديثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يوردها الا في زيادة تفرد به بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فالتها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتماعاً فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسمع فإمام ينظره أن الحال كذلك فالاصل انه قاله في مجلس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أن ينقص الرطب اذا جف عريان عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسبة وما ذكرنا ان فائدة ان الرطب ينقص الى أن يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة للقيم باعتبار النقصان عند الخلاف فنعه على طريق الاشفاق مبنى على ان السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه (قوله وكذا الغنبل بالزيب يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلاً وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أنه ينقص اذا جف باعتبار اشتماله على العلف المنبه عليها ولا يبي حنيفة ان الزيب امامن جنس الغنبل فيجوز منساوياً ولا فيجوز مطلقاً ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر ان جواز بيع الزيب بالغنبل قولهم جميعاً وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز الا على الاعتبار فقال المصنف

(قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا انما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلاً ولا تثبت لما قبل ان القلي صفة يغرم عليها الاعراض فصار كمن باع قفيزاً بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع الى صنع العباد فاعتبر بدليل اعتبار بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينبغي على صنع العباد فهو مفسد كافي المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقى فهو ساقط العبرة كافي الرطب والتمر والجيد والردى والغنبل بالزيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطاء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالخطئة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لماورد باطلاق اسم التمر على (٢٩٤) الرطب جعلاً نوعاً واحداً جازاً البيوع مثلاً بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب

على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كإلا عندنا كإلا أي من حيث الكيل عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لأنه روي يتفاوت في أعدل الأحوال أعني عند الحفاف فلا يجوز كالخطئة بالدقيق ولنا أنه يبيع التمر بالتمر متساوياً فكان جائزاً وكذلك يبيع الخطئة الرطبة بالخطئة الرطبة أو الخطئة المبلولة بالمبلولة أو الخطئة الرطبة بالمبلولة أو الباسية أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع من أنقع إذا التي في الخابية لينسل وتخرج منه الحلاوة جاز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو حال الحفاف ومفرعه حديث سعد وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملاً باطلاق المشهور وكذلك أبو يوسف إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتج محمد إلى

وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالخطئة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كإلا عندنا لأنه يبيع التمر بالتمر وكذا يبيع الخطئة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو بالباسية أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منها متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملاً باطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالخطئة المقلية بغير المقلية) فإنه لا يجوز البيوع لأن القلي كائن بصنع العباد فتعذر اللطافة التي كانت الخطئة بمثلية بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذه الأصل فصاري بيع العنب بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفاقاً يجوز اتفاقاً وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب موجود في العنب فصارت كالزيتون والفرق لا يبيح حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر إن الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلاً كإلا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والزي في خلافاً للشافعي وكذا الخلاف في كل غرة لها حال جفاف كالتمين والشمش والجوز والكثري والمان والاحص لا يجيز بيع رطبه برطبه كما لا يجيز بيع رطبه بباسه لأنه لا يعرف قدر النقصان إذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الأخضر بمنله لأن بين الباقلاء تين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الخطئة المقلية بغير المقلية وبيع الخطئة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة بالباسية يجوز وكذا يبيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع والباس من الباس من يبيع ما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد في الفصول كلها من بيع الخطئة المبلولة إلى هنا والمنقع اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخابية فهو منقع وأصله ان محمد اعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال عند الحفاف كما أشار إليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو بالباسية أمام الباسية فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البطل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد أن يبيع الخطئة المبلولة بالباسية انما لا يجوز إذا انتفخت أما إذا بليت من ساعتها يجوز بيعها بالباسية إذا تساوى كإلا وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (عملاً باطلاق الحديث) أي حديث عبادة بن الصامت وغيره (الأن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به إلا ما كان في معناه والخطئة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الخطئة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الأول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الأصل وهو أن التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما بأصل الخلقة لا بالخطئة المبلولة فإن الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع أنه جاز العقد أحيب بأن الخطئة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا ذاك والبطل بالماء بعيداً إلى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من

الفرق بين هذه الفصول يعني يبيع الخطئة الرطبة والمبلولة إلى آخرها

بيع

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحث فإن تقويتها انما هي لا اعتباراً بالتفاوت الصنعي إذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه

وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الأحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البديلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البديلين فليس يفسد إذا لم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يكون معتبراً (ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم إذا كان العقد وأراد على البديلين بالتسمية وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهي لا تبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأنه غير لما ينبت (٢٩٥) أن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما تنعقد صورته وبيعه به

وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر غير بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنين أو واحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لاقبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسبة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثرهما في الزيتون والسهم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالشيرج)

بيع الحنطة الرطبة إلى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازوه وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجزئه وحاصله (أن التفاوت) أن يظهر مع بقاء الاسم على البديلين أو أحدهما فسد العقد وأن ظهر بعد زوال الاسم عنهم لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البديلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فإن الاسم حينئذ التمر والزيت فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه وفي الحنطة المبولة وما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر) متساوياً يجوز (ومتفاضلاً لا يجوز لأن البسر غير بخلاف الكفري) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشق (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كيلاً من التمر بكيلين من الكفري وقلبه لأنه ليس بتمر (لأن) الكفري لينة عقد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعني التمر له (من أول ما تنعقد صورته لاقبله) وبهذا استدلل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه أنه لو حلف لآباً كل تمر فأكل رطباً لا يحنت فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنت وليس يصحح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنت وكذا ادعى أنه يحنت فيما إذا حلف لآباً كل تمر فأكل بسراً ولم يكن به حاجة إلى هذا الذي كفيه أن الإيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين انعقد إلى أن يطيب ثم يحفف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الأول وقوله (والكفري عددي متفاوت إلى آخره) جواب سؤال هو أنه إذا لم يكن الكفري تمرًا ينبغي أن يجوز إسلام التمر فيه وشراء التمر به نسبة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهدر فلا يجوز إسلامه فيه ولا أن يشتري به نسبة للجهالة فتقع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج) معلوماً أنه (أكثرهما في الزيتون والسهم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات أربع والجواز في أحدها بأنه إذا كان أكثر كان الخارج منه بمنزلة من الدهن المفرد (والزائد) منه (ب) مقابلة (الشيرج) وفي فتاوى قاضي خان رجه الله انما يشترط أن يكون الخالص

متساوياً من حيث الكيل بدأ بيد جاز بالاجاع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لأنه يستمر في جوفه بالتمر جاز متساوياً ومتفاضلاً بدأ بيد لان الكفري ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله والكفري عددي متفاوت) قيل هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمر الجاز إسلام التمر في الكفري لكنه لم يجز وتقرير الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتفاوت أحاده في المأية فلا يجوز إسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الأبيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به هنا ما يتخذ من السهم وأعلم أن المجازسة بين الشيتين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار

ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الأول وإلهذا جاز بيع قفيز حنطة على كفة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن وإذا لم يوجد الأول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فإذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أولاً والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالحق في هذا الباب

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول ولك أن تقول المراد بالضمير الرجوع إلى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى السمي بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مقدر أي مسماه بقريته جعله معقوداً عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الاشكال

والاول اما أن يكون المنفصل أكثر أولا والثاني لا يجوز لتحقيق الفضل وهو بعض الزيت والتجيران نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والتجيرة وحده أي ساواه على تقدير أن يكون التجيرة ذقيمة وأما إذا لم يكن كافي الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل مافي الزبد من السمن فانه يجوز (٢٩٦) وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشيرج

بالسهم والجوز بدنه
واللبن بسمنه والعنب
بصيره والتمر بدسه على
هذا الاعتبار ولقائل أن
يقول مثلا السهم يشتمل
على الشيرج والتجيرة فما
أن يكون المجموع منظورا
اليه من حيث هو كذلك
فيجب جواز بيع الشيرج
بالسهم مطلقا لان الشيرج
وزني والسهم كيلي أو من
حيث الاقصر فيجوز بيع
السهم بالسهم متفاضلا
صرفا لكل واحد من الدهن
والتجيرة الى خلاف جنسه
كما اذا باع كثر حنطة وكثر
شعير بثلاثة اكرار حنطة
وكثر شعير أو يكون أحدهما
إما الدهن أو التجيرة منظورا
اليه فقط والثاني منتف
عادة والاول يوجب أن لا
يقابل التجيرة بشيء من
الدهن وليس كذلك
والجواب أن المنظور اليه
هو المجموع من حيث
الافراد ولا يلزم جواز
بيع السهم بالسهم
متفاضلا قوله صرفا
لكل واحد من الدهن
والتجيرة الى خلاف جنسه
قلنا ذلك اذا كانا منفصلين
خلفه كافي مسألة الا كراه

لان عند ذلك يعرى عن الر باذما فيه من الدهن موزون وهذا لان مافي به لو كان أكثر أو مساويا له
فالتجيرة وبعض الدهن أو التجيرة وحده فضل ولولم يعلم مقدار مافي به لا يجوز لاحتمال الر با والشبهة فيه
كالحنطة والجوز بدنه واللبن بسمنه والعنب بصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار واختلافوا في
القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

أكثر اذا كان الثقل في البديل الآخر شيأ له قيمة أما اذا كان لا قيمة له كافي الزبد بعد اخراج السمن
منه فيجوز بيع مساواه الخارج للسمن المفرد يروى ذلك عن أبي حنيفة وقال زفر يجوز بيع عدم العلم
لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة فقلنا الفساد غالب لانه على
تقديرى النقصان والمساواة والصحة على تقدير الا كثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به
وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع أصلا لعدم العلم بالنفاضل وقت العقد واعلم أن المجانسة
تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسبة كافي المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج
مع السهم وتنقضي باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل
بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف
ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والافرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى
هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالحلاف مدة ثم يصير اللوز فيخرج
منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضيم الى الاصل
ما طيب به دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمس مطيب بقفيز بن غير مطيب وعلى
هذا يجوز بيع رطل لو زمطبق برطل لو زغير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لو زمطبق برطل لو زغير
برطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطل زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء
الزيادة على الرطل خلافا لشافعي فانه لا يجوز الدهن المطيب وغيره الا مثلا يثمل وأورد أنه ينبغي أن يجوز
بيع السمس بدنه بأي وجهه كان لان الدهن وزني والسمس كيلي أجيب بأنه لما كان المقصود من
السمس مافي ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمس بالسهم
متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتجيده الى خلاف جنسه أجيب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة
مسئلة الا كراه ولا صورة هنا منفصلة وقوله (والجوز بدنه واللبن بسمنه والعنب بصيره والتمر بدسه
على هذا الاعتبار) يعني ان كان الدهن المفرد والسمن واللبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر
جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثقل له قيمة وأظن ان لا قيمة لثقل الجوز الا أن يكون بيع بقشره
فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثقله فلا يشترط زيادة العصبير على ما يخرج والله أعلم (واختلفوا في القطن
بغزله) فبعضهم لا يجوز زمتساو بالان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم
يجوز وفي فتاوى قاضيان لا يجوز الا متساويا لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وإن خر جا أو
أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن
محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبي حنيفة أيضا ثم ذكر

أظهر كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجيرة كذا واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقبل لا يجوز
لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وإن خر جاعن الوزن أو خر أحدهما
من الوزن لا بأس ببيع واحد بآخر كذا في فتاوى قاضيان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا
يحالف ما روى عن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا

(قال ويجوز بيع اللحم الخ) كل ما يكمل به نصاب الاخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلا عنه أنه لا يجوز والعرب والبخاني والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف باختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الابلان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والقوى فكان الجنس متحدا ولنا أنهم افروغ أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطم في المطهومات والتفكيك في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا ينسكل بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا كيل في لم يتناول القدر الشرعي (٣٩٧) وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله اذا لم

تتبدل بالصنعة) قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفرع والجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروى وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لافي اتحادها فكأنه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة وأما اذا تبدلت فلا توجه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروى مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف الاصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش

قال (ويجوز بيع اللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم فأما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز والضأن وكذا العرب مع البخاني قال (وكذلك ذلك) ألبان البقر والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذلك اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال (وكذا دخل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذلك ما بينهما ما لهذا كان عصيرهما جنسين

أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازاء حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فتقل الاجاج انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحم) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم) لانها اجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقر والجواميس) (-جنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلا (وكذا المعز والضأن والعرب مع البخاني) لا يجوز بيع شيء مع الاخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربا ولا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الى آخره يحتمل زبه عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب اهلها ووحشها جنس واحد والبحريات (وكذا البان البقر والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين (وعن الشافعي أن اللحوم والابلان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الاجناس (فكذلك اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة) فانها حينئذ تعد اجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا دخل الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا

(٣٨ - فتح القدير خامس) مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبية فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال (وكذا دخل الدقل بخل العنب الخ) الدقل هو أرد التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدايدوكذا حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما ولهذا كان عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة) أقول وينبغي ان يستثنى منه لحم الدجاجة فانه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذلك اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف اجزاء تلك الاصول بحسب اختلاف الاصول لاتحادها معها اذا لم تتبدل بالصنعة فان تلك الاجزاء اذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والانهاء والقرفة مة على ما بين فليست بمراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكأنه يقول اختلاف الاصول الخ) أقول مأخوذ من الجبازية

(وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل فإن المقصود هو المقصود باختلافه بوجوب التغيير واختلاف المقصود فيه مظاهر فإن الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لأن المقصود منهما متحد فكان الجنس متحدا لأننا لا نسلم ذلك فإن ابن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد القصد إليهما والاولى أن يقال قلنا أن اختلاف المقصود بوجوب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول ولم نقل اتحاد المقصود بوجوب الاتحاد عند اختلاف الأصول أن يوجب اختلاف الأصول باختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبديل بالصنعة وإن يوجب الاتحاد الأصول الاتحاد (٢٩٨) الفروع إلا عند التبديل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه

نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الأصل وبسقط ما قيل شعر المعز وصف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن بالاليسه أو باللحم) جائز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً أما اختلاف الصور فلا أن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصور ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء وأما اختلاف المعاني فلا أنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة وأما اختلاف المنافع فكافة الطب قال (ويجوز بيع

وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال (وكذا شحم البطن بالاليسه أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خريفه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جازاً أيضاً وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله

(و) أما (شعر المعز وصف الغنم) (جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف (لحمها ولبنها) جعل جنساً واحداً كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الأصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فإن قيل بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلاً وزنا وبالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلاً فينبغي أن لا يجوز متفاضلاً تغليباً للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما ما قبح جمع المحرم وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنساً واحداً لاتحاد المقصود وأجيب بمنع اتحادهما فإن لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتأتى منه ذلك وكذا أغراض الآكل تتفاوت فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الابل ومن الاختلاف بالصنعة ما قد مناهم جواز بيع أناى صفر أو حديد أحدهما أنقل من الآخر وكذا أقمعة بقمعتين وبرة بارتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من أحد النقيدين فيمتنع التفاضل وإن اصطالحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالاليسه أو باللحم) واللحم بالاليسه متفاضلاً (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً) وأما شحم الجنب ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والاليسه جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما وأما الرأس والأكارع والجلود فيجوز زيادة كيفما كان لأن نسيئة لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز (قوله) ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً) يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) أما (عددياً) في عرف (أو موزوناً) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جعتهما اختلاف القدر فجاز التفاضل والدقيق أما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنياً لم يثبت الجنسية بينه وبين

الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق أما أن يكون حال كونه مانقدين أو حال كونه أحدهما نقداً والآخر نسيئة فإن كان الأول جازاً لأنه صار عددياً أو موزوناً فخرج عن كونه مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنس وان جاز التفاضل

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلفان مقصوداً مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن بعد المختلفان فيه متحدان في الجنس إذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكره السارح في حيز والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلا أن الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها والظاهر أن المراد بالصورة الأشكال

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة أنه لا خيفه أي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النهي لأنه نكرة في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الخبر وان كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسبة أو الخبر فان كان الأول جاز لأنه أسلم موزوناً في مكمل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما المأذون كقول المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبر جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتمل وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبداداً بالسلم فيه قبل القبض ولا خيف في استقراره عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخيز من حيث الطول والعرض والغلط والرقه وبالحجاز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنوير في كونه جديداً فيجيء عجزه جيداً أو عتيقه فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنوير (٣٩٩) لا يجيئ مثل ما في آخره وهذا هو المانع

عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراره عدداً ووزناً ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده قال (ولاربا بين المولى وعبده) لاربا بين المولى وعبد المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا لعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الإسلام مشتملاً على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع

قال المصنف (ولاربا بين المولى وعبده الخ) أقول قال العلامة الكاكي وفي المنسوط فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضاً ولكن على المولى أن يرد ما أخذ على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه

وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبر جائز في الصحيح ولا خيف في استقراره عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخيز والخبار والتنوير والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده قال (ولاربا بين المولى وعبده) لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا إذا كان مأذوناً ولم يكن عليه دين

وبين الخيز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة أنه لا خيفه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد لشبهة المجانسة إذ في الخبر أجزاء الدقيق أو أن الدقيق يعرض أن يصير خيزاً فيشترط المساواة ولا يدري ذلك (والفتوى على الأول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطالحوا عليه (وهذا إذا كانا مدينين) فاما بيعهم مانسبة (فإن كانت الحنطة نسبة) أو الدقيق بأن أسلم الخيز فيهما فدفعه نقداً (جازاً أيضاً وان كان الخيز) نسبة بأن أسلم حنطة أو دقيقاً في خيز لم يجز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حذله فإنه يتفاوت في الصنعة عينا وخزاً وكذا عند محمد لأنه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني) أو يجوز بشرط الوزن إن كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتمل وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبداداً بالسلم فيه قبل قبضه إذا قبض متجاوزاً ما هو دون ما سمي صنعة وإذا كان كذلك فلا احتياط في منعه لأنه قل أن يقع الأخذ من النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض السلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رقيقاً فقل أن لا يصير مستبدلاً (ولا خيف في استقراره عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالخيز والخبار والتنوير) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً (والتقديم) في التنوير (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبره بذلك وإذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقرارها فهو لاستقراره أوسع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أي عدداً أو وزناً (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزناً لا عدداً للتفاوت في أحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالباً والقياس بترك التعامل وجعل المتأخرين الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولاربا بين المولى وعبده) أي المأذون غير المدين (لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

فلا يسلم له ما يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهما بدرهمين أو لا لأن ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمدة برلان كسبه مال بخلاف المكاتب لأن المكاتب صار كالحريداً وتصرفه في كسبه فيجوز الربا بينه وبين مولاه كما يجزى بينه وبين غيره انتهى وفيه إشارة إلى أنه لا ربا بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما إذا كان عليه دين ولعل ما في المنسوط على مذهب الأمامين فإن المولى يملك كسب المدينين عندهما كما يجزى في المأذون فراجع (قوله لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أي مع عدم تعلق أحدهما بآخره وإنما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفريع اشكال بأن مجرد الملكية لا يبيح البيع ألا يرى إلى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مدين بدين أو بدينين (قوله لعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفريع فإنه يلزم منه المصادرة (قوله بعدم وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أي صورة وظاهراً

(فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما في يده ليس ملكا مولودا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند (٣٠٠) أبي حنيفة ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار

بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا فإنه اذا دخل الحرب دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فإنه لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولا بي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال أهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من أخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربى ماله برضا زال المعنى الذى حظر لاجله (قوله بخلاف المستأمن) جواب عن قياس وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد أخذه لانه صار محظورا بعقد الامان وهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

(قوله صار كالاجنبي فيتحقق الربا) أقول أى شبهته از الشبهة كافية في المحرمات قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين

فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملكا المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأى طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

اعدم تحقق البيع وكذا المديروا أم الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أى البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فلعدم ملكه لما في يده عبده المأذون المدينون فهو اجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالاجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كالأخذ لاجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لاجهة المكاتب لانه صار كالخريد او تصرفا في كسبه فيجوز الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلى والمسلم الذى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمناد درهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم مائة أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فانهم لم يقيدها بالمنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجري بين المسلم وبينه فكذا الداخل منا اليهم بأمان ولا بي حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب) وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعي قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا جهة فيه أسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن نخاطرنا فخطأطروهم فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فأسأفا أخذ أبو بكر خطره فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فاذا لم يأخذ غدر فبأى طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فاذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الر بالان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به وابطاحته وهذا لا يفيد معارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجة حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز واثبات قيد رائد على المطلق من نحو

المسلم والحربي في دار الحرب) أقول قال ابن العز قال في المغنى هذا خبر مجهول لم يروى في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ويحتمل ان المراد بقوله لاربا النهى عن الربا كقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج انتهى وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيد للمطلقات مثل لانا كل الربا اذ لا يزداد بخبر الواحد على الكتاب قيل المراد من النصوص الربا في مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور الا لعرض من الغدر فليتنامل

﴿ باب الحقوق ﴾

قبل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع الا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع وكذا ههنا ولان الحقوق توابع فليقتضى ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلاً فوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسر هليسين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصریح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يات فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا أن يشترى به ويصرح بذلك كراحدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتاً فوقه بيت) وذكر كراحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى (٣٠١) داراً بحدودها) ولم يذكر شيئاً من ذلك (دخول فيه العلو والكنيف)

وهذا لان الدار لما كان اسماً لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه يدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالنصيب بذكره والا لكان الشيء تابعاً لملكه وهو لا يجوز ولا يشك بالمستعير فان له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له أن يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد

﴿ باب الحقوق ﴾

(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الاعلى الا أن يشترى به بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعاً لملكه فلا يدخل فيه الا بالنصيب عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذا لا يكون فيه منزل الدواب فله شبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

لاتأكلوا الربا ونحوه هو الزيادة فلا يجوز زو يدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بملكها المال المحظور بحق المالكه ومال الحربى ليس محظوراً الا لتوقى العذر وهذا التقرير يفي التحقيق يقتضى أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازة النظر المذكور أعنى كونه ماله مباحاً لا لعارض لزوم العذر لانه لا يخفى أنه انما يقتضى حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والر بأعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضى الى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له فاذا ظهر أن الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد اتزم الاصحاح في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظر الى العلة وان كان اطلاق الجواب بخلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ باب الحقوق ﴾

محله هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلاً فوقه منزل) حاصل ما ههنا أن

اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعتركت لم يتناول عاربه المستعير أصلاً لا تبعاً ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها تملك المنافع ومن ملك شيئاً جازاً أن يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذر من وقوع التغير به والمكاتب لما انحصر بمكاسبه كان أحق بتصرف ما وصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما وصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيهاً بكل منهما أخذ حظه من الجانبين فله شبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

﴿ باب الحقوق ﴾

(قوله فسر) أقول أى فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ والحق ان يعم لدخول المثل اذا ذكر ما يدل على توابع الشئ بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أى من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعاً) أقول فيه بحث فانه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلاً لا في المنزل تبعاً

(وقيل في عرفنا يدخل العلو (٣٠٢) في جميع ذلك) أي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خاه ولا يخلو عن علو

وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحده طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضيان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الابد كرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعند ههنا ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير كرشى مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار بضعف قول قاضيان في تعريف الظلة لانه جعل المفتح في الدار قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق) الآن يذكر إحدى العبارات الثلاث (وكذلك الشرب والمسيل)

وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الابد كرنا عند أي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق وأخذ حكمه وعند ههنا ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير كرشى مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الآن يشترى به بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لانه من التوابع فيدخل بذلك التوابع

الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرهما وهو اسم لسقف واحد جعل لبيات فيه فتم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد دهايزا والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مثله فانه مسقف ببيات فيه والشئ لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه وأورد المستعبر ان يعبر ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعبر المنفعة بغير بدل كان له أن يملك مملكته كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بعكاسه كان له ذلك لان كتابته عبده من أكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يستعمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيه البلاء ونحوه اوله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأني فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له حن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فليكون البيت دونه صالح أن يستتبعه فليشبه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشترى به بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه أو بكل حق هو له أو بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلاذ كر زيادة والدار اسم لاساحة أدير عليها الحدود وتشم على بيوت واصطبل وحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلاذ كر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحده طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على اسطوانات في السكة ومفتحه في الدار المبيعة فعند أي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها أو بمرافقتها أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها (لانه) أي الظلة يتأويل الساباط (مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعند ههنا ان كان مفتحه في الدار يدخل) بلاذ كر زيادة ولان مفتحه اذا كان في الدار كانت تبعا لدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم أي عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا قوفه علو أو منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الادار السلطان تسمى سراي (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا) فيها (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار الى ذلك المشتري (الآن يشترى به) بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لانه من التوابع فيدخل بذلك (كرها) وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة الى طريق عام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسهيل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائتها في دار أخرى لا يدخل من غير كرشى كالحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الابد كر الحقوق الا أن تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق

لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذلك التوابع أي بقوله كل حق نظر الى الثاني ان

(قوله الابد كرنا هو قوله بكل حق الخ) أقول الاستثناء ناظر الى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع الى ما في قوله ما ذكرنا

(بمخلاف الاجارة) فان الطريق تدخل استجار الدور والمسيل والشرب في استجار الاراضى وان لم يذ كر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتملك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير وبالانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا المستأجر لا يشترى (٣٠٣) الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من

الدخول تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه وأما البيع فلتملك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع مالا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشترى الطريق والشرب والمسيل عادة ووحيد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور وقد يستأجرها أيضاً وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة

(قوله وأما البيع فلتملك العين الخ) أقول مقتضى كلام المصنف ان كليهما يعقد الانتفاع لكن الانتفاع في الاجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشرع وأيضاً ان أراد بقوله لا المنفعة انه ليس لملكها فقط فممنوع ولا يفيد وان أراد انه ليس لملكها أصلاً فسلم بل هو لملك العين والمنفعة أيضاً والانتفاع بالمهر والارض السبخة ممكن على ما ذكره ويدفع بان اراد المنفعة في الحال

بمخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذا المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشترى وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

أن كلامهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبي الا بد كره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردّها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو سبل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة وقوله (بمخلاف الاجارة) متصل بقوله لم يكن له الطريق يعنى في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عيناً بل اما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ من قبضها فلم تتعين فائدة البيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الخش كجاولدون لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفي السكافى ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الاجارة بمخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح ولو استثنى العلو ثم أجبر بالبيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابله المبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم بشكل بالقسم في دارين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسم فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقاً ولا مسيلاً وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماء في ذلك فالقسيمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذ كر الحقوق فخر بالجواز القسم كما أدخلتموها فخر بالجواز الاجارة أجيب بأن الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما يستوجب الاجارة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهم ما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع أما هنا فوضع الطريق والمسيل داخل في القسم لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسم اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقاً في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذ كر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسهيل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفي القسم اذا ذ كر الحقوق وأمكنه الطريق والتسهيل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطوب بالفرق والفرق أن البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشترطه يتم مطلقاً والمقصود بالقسيمة تعيين الملك الثابت لهما لكل منهما المنتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد ان لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسم وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضا صريح ولا يكفي فيه ذ كر الحقوق والمرافق

فليتأمل فان البيع من غيره ليس منفعة في الحال (قوله لا المنفعة) أقول يعنى في الحال (قوله ووحيد الضمير الخ) أقول أى ووحيد الضمير في قوله يشترى أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لا يكونه لا الطريق يشهد بذلك قوله لا يشترى الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقابلة كما لا يخفى

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للنسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده) فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر المشتري بها الرجل لم يتبعها وولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة قاصرة لان عدم الولاية على الغير يثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بدله من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تدفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (٣٠٤) من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً

باب الاستحقاق

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً ولكن لما تناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيبه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (بينية) استحق ولدها معها وارثها ان كان (وان) كان (ب) مجرد (اقرار) المشتري (لهما) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة) اي ثابته في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه (فانها كاسمها مبينة) لما كان ثابتاً في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تنقضي عند عدم عين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فانه يثبت انه قضاء على الكل ولا نسمع دعوى أحدهم انه مملوك لان الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الاخير انما حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بهما في الزمان الذي ينسحب عليه انظهار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكرا التمر تاشي انه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه لو ادعاه ان الولد المستحق بالبينة فقط القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضاً مقضياً به قبل نعم تبعاً كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً (وقيل) لا بل (بشروط القضاء بالولد أيضاً) لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله

بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلاً عن التمر تاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستبعداً فلا بد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

باب الاستحقاق

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى

بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للتمر تاشي ظاهر فان الرواية أنه لا يفسخ وقال ابن الهمام وفي الذخيرة ما يجب اعتباراً في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى يفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بفسخ كلام ابن الهمام (قوله وهي مملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالبة (قوله والاخبار لا بدله) أقول أي لصدقه (قوله من مخبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبده فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري

فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل حيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف انه يشترى القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بان غاية ما في الباب ان يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا بنفس العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المفسوخ لا تلحقه الاجازة واستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالنسليم الى البائع لانه وان جعل مقررا بالملك للبائع لكن مقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا قد اقرضا انه ملك البائع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالنسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضا بالمبيع فليس بلازم لا يجوز ان يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبت استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل أحد هما اما العين أو البديل بأن يجيز ذلك المبيع ويصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس ملزوما لعدم الرضا بالمبيع بل المحقق انه ملزم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل باثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع واللام يأخذوا اجازة فأن هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفاتح الجواد لا اله غيره ولا مرجو الاخيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال قبل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء وانفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بصح وقال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن أبي حنيفة أنه لا ينتقص ما لم يأخذ العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم ينفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا أن يتراضى على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال اقامه البينة على التنازع من البائع أو على تملك المالك من المستحق ثابت اذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك أو المراد أن ينفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لاشك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجزأه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضا بالمبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أي اشترى انسانا (قال له اشترني فاني عبدا فاذا هو حر) أي فظهر أنه حريته أقامها (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أي يدري مكانه (لا يرجع على العبد شيء) من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدري

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر الخ) رجل قال لا اشترني فاني عبدا فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة وأما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدري

(أين هو) فان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اني عبد ليس على العبد شيء في قولهم وان قال ارتني فاني عبد فوجب دمه حرام الرجوع المرتن على العبد بحال أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا أية غيبة كانت وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هـ ذا العقد اما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال ارتني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشتري واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بأمر الغير (٣٠٦) واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض

يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدى وقد أذنت له في التجارة فباعوه فباعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فأنهم يرجعون على المولى بدونهم بمقدار قيمته بحكم الغرور وهـ اذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حر بته أهل للضمان فيجعل ضمانا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تنهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فاذنا فيه اصول

أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتن عبدا مقررا بالعبودية فوجب دمه حرام يرجع عليه (على كل حال) وعن أبي يوسف رجه الله أنه لا يرجع فيه ما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال العبد ارتني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضمانا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن ان يجعل الامر به ضمانا لسلامة كما هو موجب بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا لسلامة

أين هو رجع المشتري على العبد بمادفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر دين أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشتري ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشيء (ولو ارتن عبدا مقررا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتني فاني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أولا يعرف وهـ اذا ظاهر الرواية (عنهم) وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما أي في البيع والرهن (لان الرجوع بالمعاوضة) وهي المبيعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحد منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس الا) مجزئ (الاخبار كاذبا فصار كاذبا لوقال اجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتني فاني عبد وهي المسئلة المذكورة ثانيا واولها) ما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره فكان مغرورا من جهته والتغريض في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض نجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان بتغيره (ضامنا) ادرك (الثنى له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى اذا قال لاهل السوق (بائعوا عبدى فاني قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا للدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدال المسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذ لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تغريض في عقد معاوضة

سلبوا أمواله لم يضمن الخبر شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل ولهذا فبات فظهر بخلافه لكونه تغريض في غير المعاوضة واذ اعرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهـ اذا جاز الرهن ببدي الصرف والمسلم فيه واذ هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدال الأبراس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام واذ لم يكن معاوضة لم يجعل الامر به ضمانا لسلامة

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أقول قوله فيهما أي البيع والرهن ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتني من جعل الشيء مقبلا عليه لنفسه فليتنامل فانه يجوز ان يقال تغريض الكلام ما في الرهن فبالاجماع وما في البيع فلا نال الرجوع الخ ونترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فان شئت فراجع آخر كتاب الحجر

وبخلاف الاجنبي فانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض بفساد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترى فاني عبد ايماناً أن يدعى الحرية أولاً والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب أن قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعقاق عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراماً وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كافي عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعاً (٣٠٧) والثاني ما قاله بعض المشايخ ان

الدعوى وان كانت شرطاً في حرية الاصل أيضاً عنده لئلا يعذر في التناقض لخفاء حال العلق وكل ما كان مبني على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذا المولى يستند به فربما لا يعلم العبد اعتناقه ثم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانهم اتفقوا من قبل لان الزوج ينفرد بالطلاق وربما لم تكن عامة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه فيما دونه أمكن أن يتبع الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة بينتة قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل

وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبر بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلة تقول المولى يا يعقوب عبدى هذا فاني قد أدنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمة ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض بفساد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلق وان كان الوضع في الاعتراف فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة

ولهذا قالوا وقال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلوكه فذهب ماله لم يضمن وكذا وقال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذراً بالاطلاق (وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبر بقوله) فالرجل هو الذي اغترق المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى) أي دعوى الحرية (شرط) في القضاء بينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض نصريحاً برفقه فأوجب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهما في دعوى الحرية مطلقاً (لتضمنه تحريم فرج أمه) على اليد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست بشرط في حق الله تعالى كافي عتق الامة حتى إن الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمان لا يحتاج في القضاءهم الى الدعوى واذا لم تنجح الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أي الدعوى (شرط مطلقاً في حرية الاصل ودعوى الاعتراف في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الاصل (لخفاء) حال (العلق) فانه يسبي مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلق به فيفسر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعى الحرية وفي الاعتراف العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيفسر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذره فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق) الزوج اياها (ثلاثاً قبل اختلاعها) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقراراً بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببطل الخلع ومال الكتابة وذكروا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوباً فقطعه قيصاً وخطاه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد

الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامة البينة على ما ادعياه

(قوله لتضمنه تحريم الى قوله الى تعيين الأم) أقول أنت خير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضاً كما في تحريم فرج الاخوات والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أي في حرمة الفرج (قوله لم يكن التناقض مانعاً) أقول اذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول نذكر كبر الضمير الراجع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعى وهذا مطرد في المصادر المؤثثة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذا فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه

قال (ومن ادعى حقا في دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت الدار الاذراع منها لم يرجع بشئ) لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي قال (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شئ يرجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة والله تعالى اعلم بالصواب

على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع والحباطة كن غصب ثوبا فقطعه وخاطه بنقل ملك المعصوب منه الثوب الى الضامن فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصبا ملكه لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب واهذا لو اشتراها منذ شهرين فاقام رجل بيته انما له منذ شهر يقضي به اليه ولا يرجع على بائعه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم القيص ولو كان اقام البيته انه كان له قبل هذه الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحاف شواء ولو اشترى شاة فذبحها وسلمها فاقام البيته رجل آخر ان الرأس والاطراف واللحم والجملد فقضى به يرجع المشتري على البائع لان هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقا في دار) أي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت (الدار الاذراع عالم يرجع) على الذي صالحه (بشئ) لتسكنه من ان يقول مرادى من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي ادعيه هذا الباقي (ولو) كان (ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شئ يرجع بحسابه لان التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على) امرين أحدهما (ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز) لان البراءة عن المجهول جائز عندنا (لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة) والاخر ان صحة الدعوى ليست شرط في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعي به ولذا لو اقام به بيته لا تقبل أما اذا ادعى اقرار المدعي عليه بالحق قبلت البيته (فروع) اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر خلف فنسلك ليس له في شئ من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب خاف فنسلك يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبيته وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو اقام المشتري بيته على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنه حرة الاصل وهي تدعى ذلك أو أن ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية وفروعهما لا يمنع صحة الدعوى ببيع عقار ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتراف ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل ولو برهن أنه أمة في يد المشتري الاخير أنما معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان * اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيه ما فشرط القضاء عليهم ما حضروهما ولو قضى له بهما بحضورهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسح القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لانه فساد القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحققت من يد مشتري برهن الذي قبله على بيع المستحق من يائع بائعه قبل لانه خصم

قال (ومن ادعى حقا في دار) من ادعى حقا مجهولا ولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الاذراع منها لم يرجع بشئ لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شئ يرجع بحسابه اذا التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان المبدل يقسم على أجزاء المبدل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنفي الى المنازعة) قالوا ودلت أيضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط صحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البيته على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعي عليه بذلك فينشئ تصح وتقبل البيته

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز) أقول وسيجيء أيضا في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي

مناسبة هذا الفصل لباب
الاستحقاق ظاهرة لأن
بيع الفضول صورة من
صور الاستحقاق لأن
المستحق إنما يستحق
ويقول عند الدعوى هذا
ملكى ومن باعك فأنما
باعك بغير إذنى فهو عين
بيع الفضولى والفضولى
بضم الفاء لا غير والفضل
الزيادة وقد غلب جمعه على
مالأخيرة فيه وقيل لمن
يشتغل بما لا يعنيه فضولى
وهو فى اصطلاح الفقهاء
من ليس بوكيل وفتح الفاء
خطأ قال (ومن باع ملك غيره
بغير أمره فالملك بالخيار الخ)
ومن باع ملك غيره بغير إذنه
فالملك بالخيار إن شاء أجاز
البيع وإن شاء فسخ وهو
مذهب مالك وأحمد فى
رواية وقال الشافعى فى
الجديد وهو رواية عن أحمد
لم ينعقد لأنه لم يصدر عن
ولاية شرعية لأنها بالملك
أو باذن المالك وقد فقد
ومالم يصدر عن ولاية
شرعية لا ينعقد لأن
الانعقاد لا يكون
ألا بالولاية الشرعية

﴿فصل في بيع الفضولى﴾
(قوله لأن بيع الفضولى
صورة الخ) أقول لأن
الاستحقاق قد يكون بالهبة
(قوله لأن المستحق إنما
يستحق الخ) أقول كلمة إنما
لأن قوله صورة من صور

﴿فصل في بيع الفضولى﴾ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ) وقال الشافعى رحمه الله لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو باذن المالك وقد فقد ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية

ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن فى يده يقبل ولو استهلكه أو رده لا يقبل ولو
أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كأنه أن
يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت به يمكن الرجوع على بائعه
هكذا ذكر رشيد الدين فى باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر فى باب ما يكون إقرارا
من المدعى عليه من فتاواه المدعى لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقضى يقضى
بالإقرار لا بالبينة لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر وذكر فى آخر كتاب الدعوى ادعى عينا فى
يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضى القاضى للمدعى ببينته أقر المدعى عليه
بالعين للمدعى يقضى بالبينة أو بالقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالإقرار وبعضهم قالوا بالبينة
لأن المدعى حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعى القضاء بالبينة فلا يبطل هذا
الاستحقاق بإقراره قال والاول أظهر وأقرب إلى الصواب وهو يناقض ما ذكره فى باب دعوى الدين إلا أن
تخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقد صد القاضى إلى القضاء بأحدى الجانبين بعينها فيحصل أنه
إذا ثبت الحق بالبينة والإقرار ينبغى على ما جعله الاظهر أن يقضى بالإقرار وإن سبقته إقامة البينة
غير أن القاضى يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغى أن يعتبر قضاء
بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرد إليه ثم
ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لنبوت التقابل ولو لم يترادوا ولكن القاضى
قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء بظهور فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد
بالاستحقاق فأبرأ المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان
له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشروط قالوا والخيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعى
قبل أن يبيعه منى اشتراه منى فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو
أيضا يرجع عليه بإقراره أنه باعه منه والله أعلم

﴿فصل في بيع الفضولى﴾ مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لأن دعوى الاستحقاق تتضمن
دعوى الفضولى على أحسن الوجوه لأنه يتضمن إمداد عاوه أن بائعى ملكى بغير أمرى لخصه أو
فضوله وأحسن الخارج المتمسكة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه وما لا
ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولى يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك
غيره بغير إذنه فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعى
لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو باذن المالك وقد فقد ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية)
وصار كبيع الآبق والطير فى الهواء فى عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل فى عدم الولاية
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد البيع الذى تجرى فيه
المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلبه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن
لأن الحادث ثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك
العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهى بفيد هذا وهو قول حكيم
يارسول الله إن الرجل يأتىني فيطلب منى سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشترىها
فأسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخى حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزى
الاستحقاق (قوله لأنها بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية فى ذينك

ولنا انه تصرف عليك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بانه عقاده أما انه تصرف عليك من قبيل اضافة العلم الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف عليك ولم يقل عليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب (٣١٠) الشرعية أحكامها فاذ لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم ثبت بقدر دليله

وهذا التصرف لما كان موقوفا لما نذ كرأفاد حكما موقوفا كما ان السبب البات أفاد حكما باتا أو ان السبب انما يكون اغوا اذا خلا عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار وأما صدور من الاهل فلا أن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ وأما المحل فان محل البيع هو المال المتقوم وبأنعدام المالك للعاقدي المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا وأما وجوب القول بانه عقاده فلا أن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع الامناع والمناع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين أما المالك فلا أنه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وأما الفضولي فلا أن فيه صون كلامه عن الالغاء وأما المشتري فظاهر فثبتت القدرة الشرعية تحصيل هذه المنافع فان قيل القدرة بالمالك أو بالاذن ولم يوجد (قوله لان التمليك من غير

ولنا انه تصرف عليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانه عقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفع - مع حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيل هذه الوجوه

قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال حدثنا سمعون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحى عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينار يشتري به أضحية فاشتري شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وروى أنه صلى الله عليه وسلم دفع دينار الى حكيم بن حزام ليشتري به أضحية فاشتري شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضع بها وأما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحة في الاجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله بمنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات أما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البديل المطلوب له المحبوب والمشتري ووصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهماله والعاقدين صون كلامه عن الالغاء والاهداء بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاختيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا العقد ثابتا لدلالة اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة مالا ضرر فيه وذلك هو الالغاء موقوفا على رأى المالك فثبت بهذا القدر فأما نفاذه بلارأيه ففيه اضرار به اذ قد لا يريد بيعه فينبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس بمملوك أصلا قبله وماليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الباقي ينعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للمالك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فله أنزله كالجنون فيما نحن فيه وان كان عاقل اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى أوز وج أمته فان هذه التصرفات تتوقف على اجازة وليه أو اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب أن يلغى لعدم المقصود منه وهو المالك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجوف لا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعاق بالشرط والا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا في الحال مضافا وعند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف عليك)

المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصى اليتم مثلا ليس بمالك لمال اليتيم وملكه بالبيع بالاتفاق وأيضا اذا كان من اضافته من قبيل اضافة العلم الى الفقه يكون قولنا تصرف عليك في معنى تمليك اذ معناه حيث تصرف هو عليك (قوله فلا أن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الاول هو القصر على العقل على ما سيجي في المأذون يشمل بيع الصبي العاقل الفضولي

أجاب عن ذلك منكر بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضى لكن المانع ليس يخصص في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيه ما فالجواب ان قوله لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في أول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينار يشتري أضحية فاشتري شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترايح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلًا مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن (٣١١) يشتري له أضحية ولو كان لنقل على

كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع قال (وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان مجالهما) لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام التعاقدين والمعقود عليه

البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتج الى الايقاف على رضا الغير والى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله
والشراء لا يتموقف على الاجازة (قوله وله) أى للمالك الاجازة اعلم ان الفضولى إما أن يبيع العين بثمن دين كالدرهم والدنانير
والنوس والكيل والوزن الموصوف بغير عينه وإما أن يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا
والمتعافدان بحاله ما فان أجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكر أن الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين
والمعقود عليه

وكانت الاجازة اللاحقة كالو كالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والتمن مملوك للمالك أمانة في يده الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة أشياء ما ذكرنا من (٣١٢) الامور الاربعه وقيام ذلك العرض أيضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بأن

واذا أجاز المالك كان التمن مملوك كاله أمانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكيل كاله السابقة والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان التمن دينافان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا أيضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض التمن مملوك كاله الفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجهه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره

بالاجازة ولا يلزم الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه (واذا أجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشتري (والتمن مملوك كاله أمانة في يده) أي في يده الفضولي فلو هلك لا يضمنه (كلو كيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكيل كاله السابقة) من حيث انه باصا صار تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من المشتري اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهو ذاب سبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا الورث وجتأمة وطئها مولاها بغير اذنه فبات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك البات للوارث في البضع لبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم (والفضولي) أي في البيع (أن يفسخ قبل اجازة المالك) حتى لو أجاز لا ينفذ وال عقد الموقوف وانما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فانه بعد الاجازة يصير كلو كيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لانه معبر محض) أي كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطه به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر يتعلق بالحقوق وقد ثبت للمالك والولى حق أن يجيز وكذا بالفعل عمل كان زوج امرأه برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجها أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف ماله وكاله بعد عقده ففصولا أن يزوجه امرأه فزوجه أختها فان العقد الاول يبطل لطرده البات على الموقوف (هذا) الذي ذكرناه فيما (اذا كان التمن دينافان كان عينا) بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعه المذكورة وخامس وهو ذلك التمن العرض واذا أجاز ملك المبيع والتمن عرض فالفضولي يكون يبيع مال الغير مشتريا بالعرض من وجهه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفذا فينفذ على الفضولي فيصير مال الكال العرض والذي نفذه الاجازة انه أجاز للفضولي أن ينفذ عن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتري هذا العرض لنفسك وانقدته من مالي هذا اقض عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كتموب أو جارية فقيمة فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيمات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمانا مقتضى صحة الشراء فبراى فيه شرائط صحة المفتضى وهو الشراء لا غير كال كفيل بالسلم فيه اذا أده من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب ممثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعاله فكذا ههنا اذا لصحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فافى ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يصفه الى آخره وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الو كاله ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوى ولو اشترى رجل رجلا شيئا بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أو لم يجز أما اذا أضافه الى آخر بان قال للبائع بيع عبدك من فلان بكذا فقال بعث وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله (ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث)

ينفذ البائع ما باع غنما لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض التمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا لان التمن اذا كان عرضا صار البائع من وجهه مشتريا والشراء اذا وجد نفذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله أن يجيز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخته قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عرفت قد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في الفصلين أي فيما اذا كان التمن دينافا أو عرضا لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره واستشكل بما اذا تزوجت أمة لرجل فدوطئها مولاها بغير اذنه فبات المولى قبل الاجازة وورثها بانه فان النكاح توقف على اجازة الابن فان أجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على

اجازة الوارث أوجب بأن عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطل وههنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها قد منا

(ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعدم (جاز البيع في قول أبي يوسف وأولاهو قول محمد لان الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لان الشك وقع في شرط الإجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذاً الأصل البقاء ما لم يتيقن (٣١٣) بالزبل وههنا لم يتيقن أحجب بأن

الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في العقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى) قيل جرت هذه المحاورة في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رجهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتهما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع والعتق جاز استحساناً وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يبيد ههنا لان (الموقوف لا يبيد الملك) في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجهه دون وجه وذلك غير صحيح للاعتاق (اذا المصحح له هـ والمالك الكامل) المدلول عليه

ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله وأولاهو قول محمد رحمه الله لان الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لان الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحساناً وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رجهما الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يبيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً وهو ثابت من وجهه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا وهذا

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد وان هلك بعده فللمالك ان يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيها اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمنين تليكا فاذا ملكه من أحدهما لا يتصور تملكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضموناً عليه بنفذه يبعه لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض أمانة وانما صار مضموناً عليه بالتسليم لا بنفذه يبعه بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمن البائع وهو محمول على انه سلمه أولاً حتى صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه إجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته ان كان قيمته لانه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف وأولاهو قول محمد) رجهما الله (لان الأصل بقاؤه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لان الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك (قوله) ومن غصب عبداً فباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافاً لكنهم أثبتوا خلافاً مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وأثبت مذهب أبي حنيفة في صحة العتق به إذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً وأقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف انه لا يجوز عتقه وسببى ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول أبي حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا عتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يبيد الملك (وقت العتق) ولو ثبت في الآخرة أي عند الإجازة (ثبت مستنداً وهو ثابت) وقت العتق (من وجهه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لاجل ان الشرط

(٤٠ - فتح القدير خامس) باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملاً لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله (ولهذا) قال المصنف (وهو قول محمد لان الأصل بقاؤه) أقول اذا الظاهر بقاؤه وجد (قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله) ولهذا

لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان (وهو راجع الى قوله لانه لا يعتق بدون الملك وقوله (ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيده الملك وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذا اذا اعتق ينبغي أن يكون كذلك مع ان البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلا تن لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الضمان ولهما ان الملك) فيه (ثبت موقوفا) والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا (٣١٤) على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أمانه ثبت فلو جاز المقتضى وهو

لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق من تباعليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عدا من التركة وهي مستغرقة بالدينون يصح وينفذ اذا قضى الدينون بعد ذلك

الملك الكامل (لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري) شرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع أسرع نفاذا) من العتق (حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في الشكاح الموقوف حتى اذا أجزى لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي أمرا أمرا رجل بيدها فطلعت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلعت نفسها الآن طلعت حينئذ والا (ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر) أول الباب (فيثبت الاعتاق موقوفا من تباعليه ثم ينفذ بنفاذه) ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذا الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقر بكسر اللام والفتح أصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك انما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا أجزى ثبت الملك في المتصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لاطلاق عقده بالاجازة فان يثبت الملك للمشتري باتا والمالك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والافقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتاق المشتري من الراهن) فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين

التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولا تنفاد المانع وهو — والضرر وأمانه موقوف فلما تقدم وأمان الاعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك في القياس على اعتاق المشتري من الراهن يجمع كونه إعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عدا من التركة وهي مستغرقة بالدين فانه يصح وينفذ اذا قضى الدين بعد ذلك يجمع كونه اعتاقا موقوفا في ملك موقوف وهذا أبعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة

الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب (وأما) أن لا ينفذ بيعه أيضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلام من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والمالك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط

لا يصح ان يعتق الخ) أقول وعندى معنى قوله ولهذا أى ولوكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف (ولهما ان الملك ثبت موقوفا الخ) أقول لعلهم ما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحدث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما وان عم العتق للنافذ وغيره يعم الملك ايضا بلا فرق فليستأمل (قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان في الاول البائع مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن

وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أي غير موضوع لفائدة حقيقة الملك اتساوي الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس مطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان الاجازة تثبت للبائع ملكا بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طرأ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق (٣١٥) المالك بل يوجد من الفضولي

والمنع انما يكون بعد الوجود أما المالك اذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا يمنع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرأ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما اذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقرؤه

بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لفائدة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس مطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة تثبت للبائع ملكا بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح

وأما عتق المشتري من الغاصب (اذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالأصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى ان نجعله سببا في الحال متأخر احكمه ان أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد وأما التفويض فيحمل التعليق فيجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند ثبوت التفويض للحال لا مستندا فلا تثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا للملك الطلاق بل الملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصود الان شرعيته لصد ذلك من انتظام المصالح بينهم الا لو وقع الشك بالفرقة فلا يثبت ذلك الان بناء على ثبوت المقصود أولا

أما اذا أدى الغاصب الضمان فلان سلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك الى وقت العقد من جهة المجزؤ والمجزر كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد

(قوله ولهذا لا يستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد) أقول يعني الغصب يفيد حكم الملك (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب المنصوب من جهة المالك يبيع أو هبة أو ارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله كذا في فتاوى التمر تاشي في باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أي بعد وجود التعارض ومنه يتنبه لدفع نظر الشارح فتنبيه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن ان يخفى على أحد لاسيما اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما ان العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث ان لزوم الوقف يحتاج الى أمور غير لفظ وقت بخلاف الاعتاق

قال (فإن قطعت يد العبد الخ) إذا قطعت يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري أرشها ثم أجاز المالك البيع فالأرض للمشتري لأن الملك بالأجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لأن سبب الملك هو العقد وكان تاماً في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق المغصوب منه فإذا ارتفع بالأجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الأجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الأرض له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فإن لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لأن ملكه بقي متقدراً فيها والكسب والأرض والولد لا يملك إلا بملك الأصل وأعرض بما إذا غصب عبداً فقطعت يده وضمنه الغاصب فإنه لا يملك الأرض وإن ملك المضمون وبالفضولي إذا قال لامرأة أمرتك بي بذلك فطلعت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التخليق وإن ثبت المالكية (٣١٦) لهما من حين التفويض حكماً للأجازة وأجيب عن الأول بأن الملك في المغصوب

ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الأرض لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقاً بالشرط لاسباب من وقت وجوده لثلا يختلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه الى وقت الأجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فيعمل الموجود من الفضولي معلقاً بالأجازة فعندها يصبر كائنه وجدالاً أن فلا يثبت حكمه الا من وقت الأجازة وهذه أي كون الأرض للمشتري حجة على محمد في عدم تجوز الاعتاق في الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الأرض عند الأجازة كما في الغصب

قال (فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرض للمشتري) لأن الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعدله أن الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الأرض كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرض ثم رد في الرق يكون الأرض للمولى فكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرض للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه

وهو منتف هنا ولو ثبت لكان ليس الا حجة وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمن فإنه يجوز أن ينعدم مقصودا لصحة الاعتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تعتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فإنا لم نوقعه قبل الملك فحصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى أن بيع الفضولي لا ينعدم في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لافي ملك فيبطل كالمالك بآءه المشتري من الغاصب وعندهما بوجبه موقوفاً لان الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير يدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لافي توقفه وبعداً للمقدمة القائلة في كلام محمد أن المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيه برفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فإن قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة أن من غصب عبداً فباعه فأما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب وإما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للأرض فأخذ أرشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب وإما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز فهي أربعة فروع تنفرع على أجازة بيع الغاصب أولها ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد أن جنى على العبد جنابة فأخذ أرشها فإن الأرض يستحقه المشتري من الغاصب لأن قطع يده لا يمنع صحة الأجازة إذا لم يفك العقود عليه بقطعها بخلاف موته فإذا لحقته الأجازة ظهر أنه قطع في ملكه فيستحق أرض يده لئلا كرفاً من أن البيع موضوع سبباً للملك بخلاف ما لو قطعت يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فإنه لا يكون له الزوائد لأن الغصب لم يوضع سبباً للملك وإنما يثبت الملك من وقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا المشتري (بما زاد) من أرش اليد (على نصف الثمن لانه) أي ما زاد على نصف الثمن

حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر أي الجواب له عن هذه الحجة أن الملك من وجهه كاف لاستحقاق الأرض كالمكاتب (لم) إذا قطعت يده وأخذ الأرض ثم رد فبقاها فالأرض للمولى وكما إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فالأرض للمشتري لثبوت الملك من وجهه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق بتعلق بقوله أن الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الأرض يعني أن اعتاق المشتري من الغاصب بعد الأجازة لا ينفذ عند محمد لأن المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجهه دون وجه وقوله (على ما مر) إشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه

(قوله وقيل بخلاف الاعتاق) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وهذا أقرب) أقول أي معنى وإن كان أبعد لفظاً

لم يدخل في ضمانه لأن ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا إلى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي إن لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما يثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجه وهذا كما ترى (٣١٧) توزيع الوجهين في الكتاب على

الاعتبار بن قال (فإن باعه المشتري من آخر الخ) يعني إن باع المشتري من الغاصب مسن شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا أن الإجازة يثبت للبائع ملك بات والمالك البات إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولأن فيه غرر الانقضاء على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع بفسده قبل هذا التعليق شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضا لأنه يحتمل أن يجزى المالك بيعهما وإن لا يجزى مع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا وأجيب بأن غرر الانقضاء في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر إلى الغرر بفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز قفلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل

لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرر الانقضاء على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع بفسده بخلاف الاعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا أن اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لأن أرش يد العبد نصف قيمته والحر نصف دينه وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لأنه إنما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهها آخر وهو أن (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الارش يثبت يوم القطع مستندا إلى يوم البيع وهو ثابت من وجهه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد ولو قبل شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بانفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع انقافا فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إذ لا تفيد شيئا وزع في الكافي الوجهين فقال إن لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما يثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجهه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه أي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه اعتاق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه إعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق أرش مملوك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجهه يكتفي لاستحقاق الارش كالمالك إذا قطعت يده فأخذ أرشها ثم عجز (رد في الرقفا) ن (الارش للمولى) مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجهه لا من كل وجه (وكذا إذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر) حيث لا يكتفي فيه إلا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكا باتا إلى آخره (ولأن فيه غرر الانقضاء على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فإنه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانقضاء بدليل أن المشتري لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه

فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار التروك إجماعا وهو أن لا يصح بيع أصلا لاسيما في المنقولات لا احتمال الفسخ بعد الانعقاد لئلا يبيع قبل القبض وأما غرر الانقضاء فيما نحن فيه فسام عما يعارضه إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فتجوز البيع الثاني عرضة لغرر الانقضاء فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجما الله لأنه لا يؤثر فيه الغرر ألا ترى أن البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانقضاء والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله إذا المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانقضاء فلم ينعقد) أقول منظور فيه فإن الشراح صرحوا في كتاب الأكرام أن المغصوب منه إذا أجاز بيعا من البيوع لوتنا سحنت المغصوب العقود نفذ ما أجاز خاصة ولو لم ينعقد لم ينفذ

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل أي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده أو قتل ثم أجاز المالك البيع أي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع إيجاب البديل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بقاء البديل (٣١٨) لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبديل لأن ملكه ملك موقوف

وهو لا يصلح أن يكون مقابلا بالبديل بخلاف البيع الصحيح فإنه إذا قتل المبيع قبل القبض لا يفسخ لأن ملك المشتري ثابت بات فأمكن إيجاب البديل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البديل كان البديل للمشتري قال (ومن باع عبدا غيره بغير أمره) رجل باع عبدا غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البائع لأنك بعته بغير أمر صاحبه وبجهد البائع ذلك فأقام المشتري البينة (أن رب العبد أو البائع أقر أنه لم يأمر البائع ببيعه) لا تقبل بينته (لأنها تنبت على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى (للتناقض) لأن إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة

قال المصنف (فان لم يبعه

قال (فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البديل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا بقاء البديل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبديل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البديل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال (ومن باع عبدا غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض في الدعوى إذا أقدم على الشراء أقر أنه بحتته والبينة مبنية على صحة الدعوى

بتوقف البيع كما يتوقف الاعتناق واستشكل هذا التعليق بأنه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا أو غير غاصب إذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الإجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلقاه الإجازة أجيب بأن هناك معارضا لغير الانفساخ من جهة عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لأنه لم يملكه لمشتري الأول حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لأنه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا لأن كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصاً في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فيفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذي لم يشبهه نفع وفرق العتاي بغير هذا بين إعتناق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالإجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالإجازة بأن العتق منه للمالك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فإذا أن يتوقف بتوقفه والبيع إزالة له بل لا يملكه فكان ضد المحض المحكم فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاده والدليل على الفرق بينهما ما أن المشتري إذا أعتق ثم أطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فان لم يبعه المشتري و) لكن (مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا في الموت ظاهر وأما في القتل فلم يعتبر إيجاب البديل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بقاء بده فتصح الإجازة كما في البيع الصحيح إذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا يفسخ كما يفسخ بالموت بل يجعل قيام بده كقيامه فيختار المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببديل العبد على قاتله وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبديل لأنه ملك موقوف والمالك الموقوف لا يقابل بالبديل بخلافه في البيع الصحيح (قوله ومن باع عبدا غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورته باع عبدا غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على إقرار البائع أنه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى إذا أقدم على الشراء دليل دعواه صحته وأنه يملك بيعه ودعواه إقراره بعدم الأمر يناقضه اذ هو دليل أنه لم يصح وملك البائع البيع وقبول البينة يدعي على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولولم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمره أو ادعى المشتري عدم الأمر فالقول لمن يدعي الأمر لأن الآخر مناقض إذا أقدمه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الأمر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستخلفه لأن الاستخلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح

المشتري فمات في يده) أقول قال الاتقاني لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ولكن ذكر وهافي الزيادات شروحه وصاحب الهداية أيضا ذكرها تفريعا انتهى فلا يكون قوله قال محمد في محله لما ذكره الاتقاني نفسه في أول باب الوطء الذي يوجب الحدان كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمد أو القدوري

(وان أقر البائع بذلك) أي بأنه باعه بغير أمره (بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار (ألا ترى أن من أنكر شيئا ثم أقر به صرح اقراره الا أن الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك فتحقق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض وذكروا المصنف رحمه الله مسألة الزيادةات نقضا على مسألة الجامع الصغير ونصويرهما ما قيل رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصده المشتري في ذلك ثم أقام البينة على البائع انه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وان تناقض في دعواه قال (وفرخوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادةات (بأن العبد في هذه المسئلة) أي في مسألة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالما فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي ذلك) أي مسألة الزيادةات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع (٣١٩) لو جردان شرطه قيل في هذا الفرق

نظر لان وضع المسئلة في الزيادةات أيضا في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والأولى أن يقال ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض وفي مسألة الزيادةات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهنة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير يمكن لجواز ان يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك

(وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار والمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه الله وذكروا في الزيادةات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل ووفرخوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

الزيادةات بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صرح اقراره بالشيء بعد إنكاره اياه الا أن الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذ عليهم فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد بفسخ القاضي أنه يعضي اقرارهما لأن الفسخ يتوقف على القضاء وفروعهما ان صاحب العبد اذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهم ما اقرار منهم ما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لاله ويبطل عن المشتري الثمن للامر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري لا امر ويرجع المشتري على البائع بثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد وملك الاقالة بغير رضا الامر وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله وذكروا في الزيادةات) إلى آخره صورة مسألة الزيادةات اشترى جارية وقبضها ونفذ الثمن ثم ادعاهما مستحق كان المشتري خصما لانه يدعيها لنفسه فان أقر بها للدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بهاله لا يكون حجة على البائع وكذا لو جدد دعواه خلف فشكل ففضى عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كآقراره فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث منه له باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار في النكول لانه امتنع عن المين مع وجود ما يطلق له الخلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطرا فلا يضطر اذ انما الحق بعميل بأمره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير أما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الخلف فان غلب المالك بخفي عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري أنا أقيم البينة ان المستحق لا يرجع على البائع لا يلتفت اليه

ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بأن المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبطل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللازم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسألة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه

(قوله قيل في هذا الفرق نظر) أقول القائل هو الاتفاق (قوله وما قيل الى قوله يجاب عنه بأن المشتري الخ) أقول هذا الجواب مذكور في الغلبان به وزيادات قاضيان ثم قوله يجاب عنه خبر لقوله وما قيل ان التناقض الخ (قوله متناقض من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة والله أعلم

لأنه مناقض في دعواه لأن اقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع وبصحته البيع وبهذه البينة ناقض
 فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة أن البائع باع
 العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع أنه مناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روى
 ابن سماعة عن محمد إذا ذهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها
 أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع أنه مناقض ساع
 في نقض ما تم به وفرق أما في مسألة الواهب فالفرق أن تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير
 والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندى أن هذا غير صحيح لأن التناقض إنما قبل في دعوى
 الحرية لأنهم ما قد يخفى على المتناقض المدعى به بعد إقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلاً
 والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلائه ووطئه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم بينته وأما في
 مسألة المأذون فبأنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على إقرار البائع أنه
 ملك الغائب لأن البيع إقرار من البائع بانه نقل الملك إلى المشتري ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على
 إقرار البائع أنه المستحق قبلت لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع بإقراره وهو خصم في ذلك
 ويثبت ما ليس بثابت وهو إقرار البائع ولو كان مناقضاً للتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا
 تصديق الخصم ويجوز أن تقبل البينة على إقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماءنا فمن في
 يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البينة أنه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول إليه من
 جهة الغائب ولو أقامها على إقرار المدعى تقبل وإن لم يدع الوصول إليه من جهته وفرق في شرح الزبادات
 بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية وهو أنه لا تقبل بينة المشتري على إقرار البائع أنه لم
 يأمره كما لا تقبل على دعواه أنه لم يأمره بأنه وضع المسئلة في الجامع فيما إذا كان المبيع في يد المشتري فهو
 سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيها حق
 الرجوع وفي الزبادات وضع فيما إذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيها لنفسه حق الرجوع
 قال ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما إذا
 أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزبادات أيضاً في أن الجارية
 في يد المشتري كما أسمعناك فالأولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة
 على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أن رب العبد
 لم يأمره بالبيع فتقبل لأن اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرار البائع بعدم الأمر قبل البيع
 ولا يناقض دعواه إقراره بعدم الأمر بعد البيع قال ومسألة الزبادات محمولة على هذا أيضاً فتقع الغنية
 عن التفرقة بين المسئلتين انتهى وقبل مسألة الجامع محمولة على إقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم
 تقبل للتناقض والزبادات على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد
 غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد
 البيع قال محمد تقبل بينته ويطلب البيع الأول ومن فروع مسألة الاستحقاق على ما في شرح الزبادات
 ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع أن الأمة للمستحق أوليست له أجابه القاضي إلى ذلك لأنه يدعي أنه
 مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن بإقراره فيسأله القاضي فإن أقر بذلك ألزمه الثمن وإن أنكر وطلب
 المشتري تحليفه أجابه القاضي إلى ذلك ففهم من قال إنما يحلفه لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فإذا
 جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى فإنه قبل نعم هو كذلك لكنه مناقض لأن شراءه إقرار منه بصحته ودعواه
 أنه مالك المستحق إنكار ذلك واللهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة إلا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف

الابعـد دعوى صحبة دل عليه ما في المأذون اشترى عبداً شياً ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فاراد
 العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستخلف خصمه وان اقربه البائع يلزمه وذ كرفي الجامع
 ان المشتري لو اراد استخلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقربه
 البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلاً ولا الثمن
 فان بيع مال الغير منه قد و بدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الزوم بهـ مد الاقرار من
 حيث الظاهر فكان متناقضاً من وجهه دون وجهه فجعلناه مناقضاً في حق البينة ولم نجعله مناقضاً في حق
 اليمين ليكون علاماً والعمل على هذا الوجه أولى لان البينة حجة متعددة فلو لم نجعله مناقضاً في حقها
 يلزمنا أن لا نجعله مناقضاً في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسألة المأذون لان العبد منكر لحكم
 العقد أصلاً لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضاً من كل وجه وبخلاف مسألة الجامع
 لان نعمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للصنف في النرق قال ولو
 لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الاصل فان أفر المشتري بذلك أو استخلف فنكل وقضى القاضي
 بحريته لم يرجع المشتري على البائع أما حرة الجارية فلا نكاحها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره
 ولا يرجع على البائع لان نكاحه واقاره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستخلف فنكل غلط من
 الكاتب لان الاستخلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندهما يجري الا أن اليمين
 تكون على الامة فلا معنى لقوله فإني المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما
 اذا بيعت الامة وسلبت فانقادت لذلك فأنقدها كافر ارها بالرق فدعواها بالحرية كدعوى العتق
 العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو أن المشتري أقام البينة على البائع أنها
 حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض
 في فصل الحرية لانه فيها يظهر بينته انه أخذ بالثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي اذعقاد
 العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقراراً باعقاده العقد فلا
 يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري أنها
 للمستحق لا يظهر بينته أنها المستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك
 الاقرار يتحقق التناقض وبصير مكذباً بشهوده ساعياً في نقض ما تم به والوجه الثاني انه مناقض في
 الفصلين الا أن هذا تناقض لا يحتمل النقص فلا يمنع صحة الدعوى كالأول زوج امرأة ثم أقامت البينة
 انها أختها من الرضاع أو أقامت البينة انه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق
 عبده على مال ثم أقام العبد البينة انه اعنته قبل ذلك قبلت واختلاف أصحابنا رحمه الله فبين باع
 رضا ثم أقام بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال
 تقبل لانه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذ كر أبو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل
 بينة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان م كان الامة
 عبداً على قول أبي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير
 دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها مائة أعنتها أو دبرها أو ولدت منه فأفر المشتري
 بذلك أو أبي اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشتري البينة على البائع
 بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت بينته
 أنهم لم تدخل في العقد فكان مدعي الدين فلا يكون مناقضاً فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء
 بينهم ما لا تقبل بينته لانها وفقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد والاعتناق المتأخر لا يبطل الشراء السابق

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة
رجه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول
محمد رحمه الله وهي مسألة غصب العقار وسنبينه ان شاء الله تعالى والله تعالى أعلم
بالصواب

(قوله ومن باع دارا لرجل) أي عرصة غيره بغير أمره وفي جامع نحر الاسلام معنى المسئلة اذا
باعها ثم اعترف بالغصب بعدما أدخلها المشتري في بنائه فكذب المشتري (لم يضمن البائع عند
أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف آخرا) وكان يقول أولا يضمن وهو قول
محمد وهي مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا عند أبي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن
﴿فروع﴾ تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فأجزا معا ثبت
الاقوى فتصير مملوكة لازوجة ولزوجها من رجل فأجزا بطلا ولو باعها من رجل فأجزا نصف
بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو وزوجه فأجزا معا
ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى وكذا ثبت الهبة اذا وهبه فضولي وأجره
آخر وكل من العتق والكتابة والتسديد أحق من غيرها لانهم لازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق
من الرهن لافادتهم ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع
ففيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع
في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحبة فياخذ كل النصف ولو تباع غاصبا عرضي رجل واحده
فأجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا
العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الاجازة ولو غصب من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز ولو غصب بالتقديس من
واحد وعقد الصرف وتبايعا ثم أجاز جاز لان التقود لا تمنع في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين
مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستأجر انه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن فلو
وصل الى المالك بوفاء الدين أو البراء أو فسخ الاجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجز للمشتري خيار الفسخ
اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ
اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر فسخ البيع بخلاف ولا للراهن والمؤجر وفي المرتين اختلاف
المساخ وفي مجموع النوازل بيع المصوب موقوف ان أقر به الغاصب أو كان للغصوب منه يئنة عادة
ولو أجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتفض البيع وقيل لانه خلف بدلا والاول أصح وروى
ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري بمقام
البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب
صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والذنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب
فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع
الموقوف ببيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة واليه والده أو وصيه
أو جده أو القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة
الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صححت اجازتهم
وبهلك الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة
ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارثه يتوقف على اجازة الورثة أو صحة المريض فان صح من
مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

قال (ومن باع دارا لرجل)
قيل معناه باع عرصة غيره
بغير أمره (وأدخلها المشتري
في بنائه) قيل يعني قبضها
وانما قيد بالدخال في البناء
اتفاقا (لم يضمن البائع) أي
قيمة الدار (عند أبي حنيفة
وهو قول أبي يوسف آخرا
وكان يقول أولا يضمن وهو
قول محمد وهي مسألة غصب
العقار) على ما سيأتي

﴿ باب السلم ﴾

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف ليكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع يبيع معجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بأجل قبل فهو بالمعنى اللغوي إلا أن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بالسلم ولو قبل ببيع أجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الإيجاب والقبول بأن يقول رب السلم لا أخراست اليك عشرة دراهم في كتر حنطة أو أسلفت فيقول لا أخراست اليك والسلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الإيجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح بشرط جواز هيبذ كرفي أثناء كلامه (٣٣٣) ان شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع

بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع ودل على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه معناه إذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الأعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوما ووجه الاستدلال (ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلم المضمون وأنزل فيها) أي في السلم على تأويل المدائنة (أطول آية في كتاب الله وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم إلى آية) فان قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا مغنير به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدرة للسلف كما في قوله تعالى يحكمهم بها النبيون الذين أسأوا ومعناه الواجب في الذمة

﴿ باب السلم ﴾

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية

﴿ باب السلم ﴾

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه إما يبيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو عين بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدم ما شرط في الآخر في الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدريج وخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم البقي لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع أجل بعاجل وما قبل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعثك كذا حنطة بكذا إلى كذا ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشتريت منك إلى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبيان وصحة المذهب عنه عسر الوجه لأن العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك إلى كذا وبعثك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسبب كرم المصنف شرائطه وأما حكمه فثبتت الملك للسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة أما في العين فلا يثبت الا قبضه على انه قادم بمبادلة أخرى على ما سببه عرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كائن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه إياه وجعل إعطاء العوض للسلم اليه فيه قضاء كانه هو إذا لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهزمة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالك وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة ثوابه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة) أخرج الحاكم في المستدرک بسنده وصحة على

﴿ باب السلم ﴾

(قوله أخذ عاجل بأجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي إذا لاصل هو عدم التغير إلا أن ثبتت بدليل (قوله قبل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بأن السلعة) أقول الراد لا تقاني (قوله ولو قبل ببيع أجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قبل الخ أيضا من كلام الاتقاني (قوله فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا مغنير به) أقول ان أراد أنه لا مغنير به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك وان أراد أنه لا مغنير به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فسلم ولا يفيد هذا لا ينازع أحد في تناوله للسبب وان نوزع في تناوله لغیره كما لا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل وأيضاً لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ماروي عن ابن عباس فناقض آخر كلامه أوله

أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس بأبي جواز (لأنه يبيع المعدوم إذا لم يبيع هو المسلم فيه لكثر كناه بالنص قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) السلم جائز في المكيلات والموزونات لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليس لم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) والوجوب ينصرف إلى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فإن قيل من أسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل إن كان للرجل ولد فأنا أول العابدين فالجواب أن الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وأما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات (والمراد بالموزونات)

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فإن وجوب الوصف شرعا يتضمن جوازه وموصوفه شرعا هذا هو مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول وأيضا من الحديث الشريف تعلم طريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك إلا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

وبالسنة وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس وإن كان بأباه ولا كنهات كناه بما روي بناء ووجه القياس أنه يبيع المعدوم إذا لم يبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليس لم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد بالموزونات شرطها عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تدابتم بينكم إلى أجل مسمى فآكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لأبي حسان الأعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررلة لا مؤسسة ويكون ما روى الخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمع بين مقرررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (بالسنة) إلا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة (وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) وإن كان في شرح مسلم لا قرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مر كذب من حديث النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع إلى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه السنة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليس له في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال إن كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الخنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس أذهب بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والاجتماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل إذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيرجح المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتدفع به حاجته الحالية إلى قدرته المأبىة فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قوله هم السلم على خلاف القياس لأنه يبيع المعدوم قال بل هو على وفقه فإنه كالاتباع بثمن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه تزيان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالخامس أن قياس السلم على الاتباع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصلا مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وإن قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل إنه هو نفسه يبيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق إلى آخره يفيد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف ببيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانه عدمه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رأى على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا يفتي أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع

غير الدراهم والدنانير لانهم ما أئمان والمسلم فيه لا يكون مثنى بل يكون مثنى فلا يصح السلم فيه ما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد ببيع بئس مؤجل
تخصيصا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للعاني (والاول قول عيسى بن ابيان والثاني قول ابي بكر الاعشى رحمه الله
وهذا الاختلاف فيما اذا سلم حنطة أو غيره من العروض في الدراهم (٣٢٥) والدنانير لم يكن أن يجعل بيع حنطة

بدرهم مؤجلة بناء على
أنهما قصد ابدال الحنطة
بالدراهم وأما اذا كان
كلاهما من الاثمان بأن سلم
عشرة في عشرة دراهم أو في
دنانير فانه لا يجوز بالاجماع
وما ذكره عيسى أصح لان
التصحیح انما يجب في محل
أو جبا العدة فيه وهما
أوجباه في المسلم فيه وهو
اذا كان من الاثمان لا يصح
تصحیحه لانها لا تكون
مثنى وتصحیحه في الحنطة
تصحیح في غير ما أوجباه
فيه فلا يكون صحیحا قال
(وكذا في المذروعات لانه
يمكن ضبطها) أي وكجواز
السلم في المكيات والموزونات
المذروعات لكونها
كالمكيات والموزونات
في مناط الحكم وهو امكن
ضبط الصفة ومعرفة المقدار
لارتفاع الجهالة في احوالها
بهما وعلى هذا التقرير
سقط ما قبل الشيء انما يلحق
بغيره دلالة اذا تساوى
جميع الوجوه وایس المذروع
مع المكيل أو الموزون
كذلك لتفاوتهما فيما هو
أعظم وجوه التفاوت وهو
كون المذروع قيميا وهما
مثليان لان المناط هو ما ذكرنا

غير الدراهم والدنانير لانهم ما أئمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثنى فلا يصح السلم فيه ما ثم قيل يكون
باطلا وقيل ينعقد ببيع بئس مؤجل تخصيصا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعتبة في العقود للعاني
والاول أصح لان التصحيح انما يجب في محل أو جبا العدة فيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المذروعات)
لانه يمكن ضبطها بذكر الدرع والصفة والصناعة ولا بد منها لارتفاع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم
وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات أي التي يجوز السلم فيها
(غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان سلم فيها دراهم أو دنانير فلا تنافي أنه باطل وان سلم غيرها
من العروض ككثر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلمها بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد
أن يكون مثنى والنقود أئمان فلا تكون مسلما فيها واذا لم يصح فهل ينعقد ببيع في الكروا الثوب بئس
مؤجل أو يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن ابيان (وقيل ينعقد
ببيع بئس مؤجل) ولا يبطل وهو قول ابي بكر الاعشى وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابيان أصح
لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه الا في
الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا أن الاول
عندي أدخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما ما اعطاه صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم
مؤجلة وهذا من افراد البيع بلنا وبطل اذهو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب
لا يقدح في أن الواقع بينهما ما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها
على الثوب المقابل بالخرق فيما اذا اشترى خرا ثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضى ان المبيع
هو الخمر وهو مبطل باعتبار التحصيل غرضه ما امكن (قوله) وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها
بذكر الدرع والصفة والصناعة ولا بد منها أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة وعرف
من تعليله هذا ان شرط الصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى
المنازعة فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى اذا
بين الطول والعرض وفي الابضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج ابقاء التفاوت بعد
ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما
خف زادت انتهى وهذا في عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالسكخاء كل ما ثقل ازدادت
القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغي أن
لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المقيده لشرعيته
الا الكيل والوزن فلا يقاس عليه ما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك
ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالخروج غير به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل
التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية
السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي
وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقيده بما اذا لم
يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا بما ليس

اذا الجهالة المنضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس
عندك فانه عبارة اختصت منه المكيات والموزونات بقوله من أسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب أنا لا نسلم
صلاحية ما ذكرنا للتخصيص لان اقران شرطه وهو ليس بوجوده سلمنا لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة

(قوله فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرنا الخ) أقول هذا منع لا بضر

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت عنده بل كل ما ليس عنده بلاذ كر أجل على عومه في منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفة كما ان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالة وعدم ضبطه فالخاص أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بيعه بأجل وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيان للشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلم في شيء من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الرأجي فأنيط بمظنة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالأجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالأجل وهي ثابتة من القرازين في المذروع كما في أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء الأحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة أعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع ودونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس يصحح بل الذراع المعين بضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في الصنعة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان صحيح السلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما أن المكيل أيضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لابد أن يذكر الاوصاف معه فتأمل هذا التقرير فان في غيره خبطا والله أعلم (قوله وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض) أي يجوز السلم فيها عددا (لان العددي المتقارب مضبوط بالعدم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا (والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ ليس بمراد لاعتباره بل لاعتباره بغيره ولذا لا يتابع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين وهذا هو الضابط في المعدودات المتقارب وهو مروي عن أبي يوسف وعليه عول المصنف أعني ان ما تفاوتت ماله من متفاوت كالبطيخ والقرع والمان والرؤس والأكارع والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في المسألة الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلط ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز فيها الا بالذرة كرميزات وأجازوه في الباذنجان والكأغ عدد لا هدار التفاوت وفيه نظر ظاهر أو يحمل على كأغ بقال خاص واللا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت اعلم في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت وبشرط مع العدد بيان الصفة أيضا فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن أبي حنيفة انه منعه في بيض النعام ادعاء متفاوت آحاده في المسألة وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الا كل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل به هذه الرواية فلا يجوز السلم فيها

(وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت) أحادها (كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم) فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروعات (فجاز السلم فيه الحاقا بالكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) فانه قلما يباع جـوز بفلس وآخر بفلسين وكذلك البيض

(بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده متفاوتا فاحشا) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الا حاد في المسألة دون الأنواع وهذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المسألة ثم كما يجوز السلم فيها أي في المعدودات (٣٣٧) المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز

لانه عددي لا كيلى وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا لوجود التفاوت في الآحاد ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز أهاده والاصطلاح على كونه كيليا (قوله وكذا في الفلاس عددا) ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأما عند محمد فلا يجوز أي لا يجوز السلم في الفلاس لانها أثمان والسلم في الأثمان لا يجوز وله سمان ان الثنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما إبطالهما باصطلاحهما فاذا بطلت الثنية صارت ممتنات تعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربا في مسألة بيع الفلاس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلاس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بن البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه ممتنا من ضرورة

بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده متفاوتا فاحشا ويتفاوت في معرفة العددي المتقارب وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المسألة ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بكيل وعنه انه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلاس عددا وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها أثمان وله سمان ان الثنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن

بعد ذكر العدد الامع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو أهاده قال المصنف (وكما يجوز عددا في العددي المتقارب يجوز كيلا) وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلان تفاوت اذ لا تفاوت في مالهته وأما كونه معدودا فسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع أن اعتبار المقدار ليس الا بالضبط والضبط لم ينحصر في العد بل يعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما بقي بين كل جورتين ويضتين من التخليل قلنا قد علمنا به ورضي رب السلم فاعلمنا وقوع السلم على مقدار ما علمنا هذا الكيل مع تخليله وانما يمنع ذلك في أموال الربا اذا قبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيلا انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا واذا أجزأه كسلا فزنا أولى (قوله وكذا في الفلاس عددا) أي يجوز السلم في الفلاس عددا هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما عند زفر فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلاس بالفلسين في باب الر بالانها أثمان وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل واذا كانت أثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه وروي عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلاس لا يجوز على وفق هذا التخرج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه ممتنا فاذا أقدمنا على السلم فقد تضمن إبطالهما باصطلاحهما على الثنية ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد بخلاف البيع فانه يجوز ووروده على الثمن فلا موجب لخروجهما فيه عن الثنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلاس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخرج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنيا يعني اذا بطلت ثنيتهما لا يلزم خروجهما عن العدودية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثنية عدم العدودية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعارف التعامل به فيها وهو العد الا أن يدره أهل العرف كما هو في زماننا فان الفلاس أثمان في زماننا ولا تقبل الاوزان فلا يجوز السلم فيها الاوزان في زماننا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاصار عديدة في زماننا أيضا (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أو رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص أما المعنى (لانه يصير معلوما) أي منضبطا (ببيان الجنس) كفرس أو ابل أو عبد (والسن)

جواز السلم فاقدامهم على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فاعاد ممتنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع ممتنا فان بيع الأثمان بعضها ببعض جائز فالأقدام على البيع لا يتضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فبقي غنا كما كان وقد سدد بيع الواحد بالاثنتين (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يخلو ما أن يكون مطلقا أو موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالخنع والثني

ان النبي صلى الله عليه وسلم
أمر عمرو بن العاص ان
يشترى بعير ابعيرين في
تجهيز الجيش الى أجل وأنه
عليه الصلاة والسلام
استقرض بكسر واقتضاه
رباعيا والسلم أقرب الى
الجواز من الاستقراض
ولما ان بعد ذكر الاوصاف
التي اشترطه الخصم بين
تفاوت فاحش في المالية
باعتبار المعاني الباطنة فقد
يكون فرسان متساويان في
الاصناف المدكورة ويزيد
عن احدهما زيادة فاحشة
للمعاني الباطنة فيفضي الى
المنازعة المنافية لوضع
الاسباب بخلاف الثياب
لانه مصنوع العباد فقلما
يتفاوت تفاوتاً فاحشاً بعد
ذكر الاوصاف وشراء البعير
ببعيرين كان قبل نزول
اية الربا أو كان في دار الحرب
ولاربا بين الحربى والمسلم
فيها وتجهيز الجيش وان
كان في دار الاسلام فنقل
الات كان من دار
الحرب لعزتها في دار الاسلام
بومئذ ولم يكن القرض
تأثراً في ذمة رسول الله صلى
الله عليه وسلم بدليل أنه
قضاه من ابل الصدقة
والصدقة حرام عليه فكيف
يجوز أن يفعل ذلك

(قوله فنقل الات كان
من دار الحرب الخ) أقول
يعنى الات المهمة في

تجهيز جيش الاسلام من الخيل والجمال وغيرهما فكان الامر لشراءها منهم

والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذلك كرماد كريق في فيه تفاوت
فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما
يتفاوت الثوبان اذا نسج على منوال واحد

كان مخاض أو عشار (والنوع) كعربي وبخني وحشي (والصفة) كأجر وأسمر وطويل أو ربعة
(والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو مغتفر بالاجماع والالم يصح سلم أصلاً فان الغائب لو بلغ في تعريفه
النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرتضى فان بين جسد وجسد من الخنطة تفاوت ولا يخفى وان صدق اسم
الجودة على كل منهما وكذا بين ثوب ديباج أحر وثوب ديباج أحر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعاً
فصار الحيوان كالثياب والمكيل وأما النص فمروي أبو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب
عن مسلم بن حبيب عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فنقدت الابل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير
بالبعير بن ابل ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوي بسنده الى
أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكراف قدمت عليه ابل من ابل الصدقة
فأمر أبا رافع أن يفضي للرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال لم أجدها الا جلا خياراً رباعياً فقال أعطه
اباه ان من خيار الناس أحسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة
بأربعة أبعة يوفيهما صاحبها بالربعة وفي رواية بأربعة أبعة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة
فوصفها الله تعالى لهم فعلموا بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم الا لا يصف الرجل الرجل بين يدي
امرأته حتى كأنها تنظر اليه ولا نصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنه ينظر اليها فـ جعل
الموصوف كالمترى وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية في الذمة وأثبت مهر في الذمة وصحة
الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهدونه
معلوماً قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيراً بل هو بعد ذلك مما يصير منه
تفاوت فاحش فان العبد من المتساويين سناولونا وجنساً يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة
والاخلاق والادب وفهم المقاصد ما يصير باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجلين (بخلاف
الثياب) فانها مصنوعة العبد بالخاصة فاذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيراً وكذا بين الحديد من الخنطة
مثلاً باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه
الله (قلما يتفاوت الثوبان اذا نسج على منوال واحد) يريد أنهم ما يتفاوتان قليلاً لعدم التفاوت
أصلاً كما هو استعمال قلما فان هذا العمل أعنى قل اذا كف بما استعمل للنفي كقوله وقلما وصال على
طول الصدود وديوم وحين علمنا انه أراد قلة التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا
يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع من النساهل وأما
النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه
جرير بن حازم عن ابن اسحق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أباسفيان على مسلم بن حبيب ذكر هذه
الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي
حبيب عن مسلم عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن أبي سفيان
عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه عن عبد الاعلى أبو بكر بن أبي شيبة فأسقط يزيد بن أبي حبيب
وقدم أباسفيان كما فعل جرير بن حازم الا أنه قال في مسلم بن حبيب مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فعمر
ابن حريش مجهول الحال ومسلم بن حبيب لم أجده ذكره ولا أعلمه في غيره هذا الاسناد وأبوسفيان فيه نظر
انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو أقوى منه وهو ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن

وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير

سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق حدثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبخاري قال البخاري ليس في الباب أجل اسناد من هذا وقول البيهقي أنه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كآته هو مبني قول الشافعي رحمه الله أن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسنداً وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي فإنه فرع القول بسماعه منه مع أن الارسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهداً مقبولاً بضره الارسال وأيضاً اعتضد بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروي عن رجال الآخر وحديث آخر أخرجه الترمذي عن الجراح بن ارطاة عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساؤه ولا بأس به يبدأ به الترمذي حديث حسن كآته للخلاف في الجراح بن ارطاة وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء قول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفاً وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضاً مع أنه ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حدثنا حسان بن محمد حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أ رأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والخبيبة بالابل قال لا بأس إذا كان يبدأ به وحمل هذه الأحاديث على كون النهي فيما إذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالئ بالكالئ تقييداً لا عم فإنه أعم من ذلك فلا يجوز المصير إليه بالاموجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان) هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوني حدثنا عبد الملك الذماري حدثنا سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوني فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه إلى الحجية بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب أن يرجح على حديث أبي رافع أن صح لانه أقوى سنداً أعني حديث ابن جبان ولأن المانع يرجح على المبيح وفي الباب أثر أبي حنيفة عن جابر بن سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلد البكري مالا مضاربة فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص فلما حلت أخذ بعضا وبقى بعض فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأناء يسترفقه فقال عبد الله أفعل زيد فقال نعم فأرسل إليه فسأله فقال عبد الله أردداً أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن ما لنا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يزيد بن ابراهيم وعبد الله فإنه انما يروى عنه بواسطة علقمة أو الاسود لا أن هذا غير قاض عندنا خصوصاً من ارسال ابراهيم فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكرنا من معرفة البقرة بالوصف فاعتمد كراهة الله لهم أو صافاً ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك في أن هذا مما تحصل به

في المعاني الباطنة لا يوجد
في العصافير والحمامات التي
تؤكل وأن السلم فيها لا يجوز
أن يكون عندكم وتقريره
أن عدم جواز السلم في
الحيوان ليس لكونه غير
مضبوط فإنه يجوز في الديباج
دون العصافير ولعل ضبط
العصافير بالوصف أهون
من ضبط الديباج بل هو
ثابت بالسنة لا يقال النهي
عن الحيوان المطلق عن
الوصف والمتنازع فيه هو
الموصوف منه فلا يتصل
بمحل النزاع لأن محمد بن
الحسن ذكر في أول كتاب
المضاربة أن ابن مسعود
رضي الله عنه دفع مالا
مضاربة إلى زيد بن خليفة
فأسلمها زيد إلى عتريس
بن عرقوب في قلائص
معلومة فقال ابن مسعود
أردد ما لا تسلم أموالنا وهو
دليل على أن المنع لم يكن
لكونه مطلقاً لأن القلائص
كانت معلومة فكان لكونه
حيواناً لا يقال في كلام
المصنف قساح لأن الدليل
المذكور بقوله ولنا
منقوض بالعصافير لأن
ذكر ذلك لم يكن من حيث
الاستدلال على المطلوب
بل من حيث جواب الخصم
وأما الدليل على ذلك فهو
السنة

(قوله لا يقال في كلام المصنف
نساح) أقول يعني في
قوله في الحيوان ثم أقول فيه شيء إلا أن يقال في قوله نساح نساح والمعنى في كلام

قال (ولافي أطرافه كالرؤس والا كارع) للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال (ولافي الجلود عددا

المعرفة وكلامنا في انه ينتفي معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فله حقوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلا أن الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فتجربى فيه المساهلة بخلاف ما قبل بحال فانه تجربى فيه المشاحة فخرين على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجربى فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمرور وماله ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالآثار فيه ما واثقنا أن يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن ما ذكر من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الاوصاف الذكاه وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعد تجربى المنازعة في أن اخلاقه ماهي وفي تحريرها فالفرع في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبي عمرو قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا لانما يجوز السلم في الديابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديابيح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العديديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانه لا يقتنى ولا يحبس للتوالت ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه بتمام مقام الموجود بخلاف السمك الطرى لرجحان امكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتنى منها كالجمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت أحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لاننا ان علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص وان اعتبرنا عمومهم وجب أن لا يجوز فان قيل فالسمك الطرى مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقوله التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطرى في السلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولافي أطرافه) أي لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والا كارع) وهو جمع كراع وهو مادون الركبة في الدواب قيل المانع مبنى على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشئ لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعديا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحياة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه انما عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغير عدد لا انتفاء المقدرو عندى لا بأس بالسلم في الرؤس والا كارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الا كارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك يجوز عدد ابعده ذكر النوع تلخفة التفاوت جيد لكن يزاد ان الرؤس بجاجيل أو ابقار كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير (لا في الجلود عددا) وكذا الاخشاب والحوالق والفراخ والطياب الخيطة والخفاف والقلانس الآن يذكروا العدد لقصد التعدد في السلم فيه ضبط الكمية ثم يذكروا ما يقع به الضبط كان يذكروا في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديم بأن يقول طائفي أو برغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه ونخنه ورقته ونوعه الا أن يغنى ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجواليق طوله

قال (ولافي أطرافه كالرؤس والا كارع) والكراع مادون الركبة من الدواب والا كارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولافي جلوده لانها اتباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه انه عددي حيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا وزن عادة وذكروا في الذخيرة أنه ان بين الجلود ضربا معلوما يجوز ذلك لا انتفاء المنازعة حينئذ

(ولا في الخطب حرما) لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرتبة جزا بضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاى وهى القبضه من القف ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشبهه الحزمة أنه شبر أو ذراع فإنه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمه عقلية حاصرة وذلك لانه اما أن يكون موجودا من حين العقد الى المحل أو ليس بموجود أصلا أو موجودا عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجودا فيما بينهما أو معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد (٣٣١) بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا للمالك والشافعي

خلافا للمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فإنه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لئتمكن من التحصيل والمنقطع وهو مالا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعتراض بأنه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدورا للتسليم فلا مانع عن الجواز وأجيب بأن القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقد باقيا الى ذلك الوقت حتى

ولا في الخطب حرما ولا في الرتبة جزا) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشبهه الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لئتمكن من التحصيل

ووسعه وكذا كل ما كان ممثالا عن غيره فاطع بالاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في الخطب حرما ولا في الرتبة جزا) للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشبهه الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى أن لا يجوز السلم فيها أصلا بل لا يجوز بهذا العقد ولو قدر بالوزن في السكك جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الخطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطالحان عليه الا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كذا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قبل نحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا أما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رخصنا بضبطه وزنا كي لا يصير تفاوت الحنطتين التحدي في الوزن كيلا يوهب هذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضيان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القف وزنا والرطوبة القضب والجز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة وهى الحزمة من الرطوبة كحزمة الرمحان ونحوه وأما الجزز بكسر الجيم وزاءين أولهما مفتوحة فجمع جرزة وهى الصوف المجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء مصدري من الحلول (حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد واسحق (اذا كان موجودا عند المحل جاز) وان كان منقطعا وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم أيضا إطلاق الحديث المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطا بسكونه عنه بعد شروعه في

لومات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فتبقى وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فبقي فان قيل بقاء الكال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بأن وجوده كالنصاب وجوده لا ككماله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك

(قوله وهذا ينقسم الى ستة اقسام الخ) أقول بل الى ثمانية اقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجودا عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجودا عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا أنهم مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عدد الماذ كرنا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراره وزنا ويجرى فيه ربا الفضل

فيها فلاس هي آثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت الحمل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع والتمارا وانما معلوما وكذا غيرها أو ان يكثر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) بأن يقول بوري أو راي وفي أسماك الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لانه) حينئذ (معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عدد التفاوت) في النخفة وأما الصغار فيجوز فيه كيلا ووزنا سواء فيه الطري والمالح وفي المغرب سمك ملج ومملوح وهو المقدد الذي فيه المالح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصرية تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك أنه ليس بردي ولم يجرد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح وملج ولا يلتفت الى قول الرازي * أطعمها المالح والطريا * ذلك مولد لا يؤخذ بلفظه وأما الطري فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معني قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عدد الماذ كرنا من التفاوت في أحاده وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأني في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطيد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطيد اذ لم يرد ما ذكره (قوله ولا خير في السلم في اللحم) وهذه العبارة تأكيدي في نفي الجواز كقوله لا خير في استقرار الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالرأي يخرج راعن القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية المتضمنة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل العلم أنها منطونات لا مقطوعات وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك (وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا أو خويا وسمينا بعد ان بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثني ومن الفخذ أو الكتف أو الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فنع أبي حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وقولهما اذ بينا ما ذكرنا ووجهه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جائزا لاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في

كان أو ما لا يتفاوت ووزنا ما

أن يكون في المالح أو الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك ملج ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا

معبر بقول الرازي بصرية تزوجت بصريا * بطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يؤخذ بلفظه قال الامام الزرغوني كفى بذلك حجة للفقهاء قال (ولا خير في السلم في اللحم) خير نكرة وقعت في سياق النفي فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال أبو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقال اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل

فإن قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله لأنه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليقه تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم في لحم الدجاج مثلاً يبين سمته وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور (٣٣٤) على طيور لا تقتنى ولا تجس للتوالم فيكون البطالان بسبب أنه أسلم في المنقطع

والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويجس للتوالم فيجوز عند الكل لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك والبه مال شيخ الاسلام وهذا يقوى وجه التأمل ولا ي حنفية طريقتان أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم في تفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى أنه تجرى المما كسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والتزاع فكان المقصود مجهولاً جهالة تقضى إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضى جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن النجاشي والثاني أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلا وكثرة السلم لا يكون الامتحان ولا يدري أنه عند المحل على أي صفة يكون وهذه الجهالة مفضية

بختلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمته وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن القبض يعين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يكتفى به

سائر الاقطار فاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمي موضعاً ومعلوم أنه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم ولأنه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الالبسة مع أنها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي النجاشي بالاجماع (بختلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه) لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قليل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لأن ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخلوع العظم فإن العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه إذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلاً أن يعين الموضع بعد كونه بعظم فإن من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أورا كأو غير الصدر أو ينص على صدرها وأورا كلها فإن أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لا اختلاف أغراض الناس ولا ي حنفية رضي الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلباً في الجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم إهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما إذا سمي موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للمشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه جريان المما كسة بين البائع والمشتري في العظم حتى أن المشتري يستكثره فبأمره يزع بعضه والجزء الذي يدسه عليه فكيف في المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالاً فلا يسمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه أسلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الأصح) لأن الحكم المعلن بعينين مستقلتين يثبت مع أحدهما كما ثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع عمداً كرفي باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحماً فشاوه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللعصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قبل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم الأثمان الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المشتري أن أبا يوسف روى عن أبي حنيفة إذا استهلك الحما قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف (أن القبض) أي قبض اللحم القرض (يعين فيعرف مثله) أي بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معين بل مجرد وصف فلا يكتفى به إلى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزناً أيضاً ممنوع بل ذلك مذهبهما وبعد التسليم أي تسليم أن ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسيحياني أنه يضمن بالمثل إلا أن ينقطع من أيدي الناس وهو الوجه لأن جرياناً بالفضل فيه فاطع بأنه منلى فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها ونعم المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لأن الموجب الأصلي رد العين والمثل أقرب إلى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين

إلى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الأصح (قوله والتضمن بالمثل) السلم جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعين معنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تقضى الجهالة إلى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) السلم الحلال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى استدلل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيجعل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لما تذكروا لنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحيث لم يبق مقيدا فيجعل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم (٣٣٥) ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان

وزنيا فيقدر الى أجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التميز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحصيل المحذور ضرورة تحمله لالضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحلال على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليأمل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذا القياس عدم جواز بيع ماليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بدوان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والالم يكن مقيدا لما شرع له والسلم الحلال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما أن يكون قادرا على التسليم في الحال أولا فان كان

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز زحالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيما روي بنا ولانه شرع رخصة لدفع الحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على الثاني السلم والقرض أن القبض في القرض معين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول أما السلم فانما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقة للوجود عند القبض كعرفة مطابقة بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفي به أي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولا والمقبوض ثانيا ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقتا لربا بين لحي فوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلهم فخدم لهم ضلع (قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وهو مذهب مالك وأجدر جهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحلال) بان يقول مثلاً أسلمت هذه العشرة في كتر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لاطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر أنهم لا بد تدلون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلووا على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العقاد أنه لا يلزم تسليم ما لا يقدر عليه والقرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يده مولا من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو الى أجل فليكن الى أجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان أيضا أمر بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان التساق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لاشك ان أهل الاجماع فاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للعاجلة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة أو موجودا قادرا عليه فقول المصنف (ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في

الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فبقي على الثاني وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المخرج للفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز من عنده اكرار حنطة أجيب بأن السلم لا يكون الا بأدنى الثمن وهو دليل على عدم وجوبه أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر (قوله في المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما تذكروا) أقول اشارة الى ما يذكروا في حينه فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيجعل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضا العمل بالدليلين يوجد بجعل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لابد من كونه معلوماً بما روي بناو بالعقول وهو أن الجهالة مفضية إلى المنازعة كما في البيع فهذا يطل به عدة قريبة وذلك يؤدي في بيعه ما واختلف في أدنى الأجل فقل أدناه شهر استدل بالعمالة كتاب الإيمان حلف ليقض دينه عاجلاً فقضاء قبل تمام الشهر يرفى بعينه فإذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الأجل وقيل ثلاثة أيام (٣٣٦) وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً

بغير التشرط وليس بصحيح لأن الثلاثة ثم بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لأن المجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي والاول أصح أكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الإيمان قال (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه) لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم يعلم مقداره لأن التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفضي إلى المنازعة ويعلم من هذا أن المكيال إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الأناة المجهول القدر يدايد لا بأس بذلك لحصول الأمن من المنازعة وقدر يعنى في أول البيوع أن البيع يدايد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لأن القبض يتجمل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد أن يكون المكيال

قال (ولا يجوز الأجل معلوم) لما روي بناو أن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاص مثلاً فإن كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو غرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئاً أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال فإن الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال (قوله والأجل أدناه شهر إلى آخره) في النخلة لاروايه عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الأجل واختلفت الروايات عنهم والأصح ما روى عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخي أنه مقدر بما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الإيضاح فإن قدر نصف يوم جاز وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلوا بعدة أخبار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران استاذ الطحاوي وصحح المصنف الأول لأنه مروي عن محمد ولأنه مأخوذ من مسألة العين وهي ما إذا حلف ليقض دينه عاجلاً فقضاء قبل تمام الشهر يرفى بعينه فكان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه أجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه إذا كان لا يعرف مقداره) أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار ولو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء قال (وقد مر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بآناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه إلى أن قال بخلاف السلم إلى آخره وقد روى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً في بيع العين بالعين لأنه لا يبيع بمكيالة ولا بمجازفة وبيع الخنطة انما يجوز على أحدهما والصحيح الأول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا يبيع بمجازفة ثم لا بد (أن يكون المكيال مما لا ينقبض وينسبط كالقصاص) والحديد والخزف (فإن كان مما ينكس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (إلا في قرب الماء فيما روى عن أبي يوسف للتعامل فيه) فإنه أجازوه وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غيرة ذلك مثلاً من هذه القرية وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز إذا عين هذه القرية والله أعلم ولكن بمقدارها والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضاً (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كخطة بلدة الفهميين والحلة ببلاد مصر (أو غرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لأنه قد يعتريه آفة فتنتفي القدرة عن التسليم)

قال قال (ولا يجوز الأجل معلوم) لما روي بناو أن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينكس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو غرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في غمر فلان أمان من غمر حائط فلان فلا أريت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بياناً بطريق التعليل لعدم (٣٣٧) الجواز في غمرة قرية بعينها وقوله مال أخيه

أراد به رأس المال أي لو لم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالحشمري بخاري والبساخي بفرغانة حاز العقدان تعيين الحشمري ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس بالبل باعتبار أن صفة الحنطة مثلاً مثل صفة حنطة الحشمري وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الأول فإن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فإن الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هروياً وإذا أتى المسلم إليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فإن حنطة هراة ما نبتت بأرض هراة والنات في غيرها لا ينسب إليها وإن كان بتلك الصفة

والله أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال أريت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالحشمري وبخاري والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أريت لو أذهب الله البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه) فإن معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمنان لم يخرج هذا البستان شيئاً فكان في بيع غمر هذا البستان غمراً لا يفسخ فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الاقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغمر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقاً والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع أما في السلم فما قدمناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحنطة النخل فلم يطلع شيء فأراد المسلم إليه أن يمنعه الثمن الذي كان أخذه وقال إنما النخل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من نخلك شيئاً قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بيعت من أخيك غمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً تأخذ مال أخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن أن يكون دليلاً على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضاً وفي الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية) معينة (لبين الصفة) لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالحشمري والبساخي) بخاري وهي قرية حنطتها جيدة (بفرغانة لا بأس به) ولأنه لا يراد خصوص النبات هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لأنه اقليم وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكاله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد والذي في الخلاصة وذكر معناه في المجتبى وفي غيره لو أسلم في حنطة بخاري أو حنطة سمرقند أو سيحباب لا يجوز اتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة وذكروا شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذا إضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع بخلاف إضافة الثوب لأن البين الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو أتى المسلم إليه في ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعنى من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر أن المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز ولا فلا يبينه ما في الخلاصة قال لو كان ذلك النسبة لا لتعيين المكان كالحشمري فإنه يذ كر لبيان الجودة لا يفسد السلم وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جازاً لم والأما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط) ذكر في العقد وأما عندهما فهي الجنس الأولى ولا شك أن السلم شروطاً غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شرطه فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديرها شرطاً وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور بسبع شرائط (جنس معلوم حنطة شعير ونوع معلوم

فكان تعييناً لا كان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول

(٤٣ - فتح القدير خامس)

قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على خمسة فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم

سقية أو بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب إلى البخس وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كرايما كمال معروف أو عشرين رطلا وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روي بن من قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم (٣٣٨) منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما بينا أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع فأما المختلف

فيه (فعرفة مقدار رأس المال أن كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حل) بفتح الحاء (ومؤنة) ومعناه ماله نقل يحتاج في حله إلى ظهر أو أجرة جمال فهذان شرطان لصحته عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما قال في المسئلة الأولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبهه الثمن والاجرة يعني إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الاجارة واشترى المـ ما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي أن يكتفى بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما إذا كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولاي حنيقة رجه الله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلولم يدر قدره لا يدرى في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه يتفق رأس المال شيئا فشيئا

كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كبايما كمال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والاصل فيه ما روي بنا والفقهاء فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حل ومؤنة) وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان وإهما في الأولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبهه الثمن والاجرة وصار كالثوب ولاي حنيقة أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلولم يدرى قدره لا يدرى في كم بقي أو ربما لا يدرى على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالتحقق

كسقية) وهي ما يسقي سحبا (أو بخسية) وهي ما يسقي بالمطر ونسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السحج غالبا (وصفة معلومة كجيد رديء) وسط مشعر سالم من الشعر (ومقدار معلوم كذا كبايما كمال معلوم) فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرطي القدر والمعلوم والأجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة (ظهور ارادة الضبط المتأني للنازعة وقوله (والفقهاء فيه ما بينا) يعني قوله ولان الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط في قدره احتراز عما إذا كان ثوبا لان الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره وعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شيء في جهالة قدر الذرعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه وهذا المسلم فيه بمقابله المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصار أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الابناء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا يشترط البديلين احدي على الر بالان انفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم وفي التبر روايتان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه حل ومؤنة) أي إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة ونحوه ثقله (وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان) خلافتان بينهما وبينهما (لهما في الأولى) وبقولهما ما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالاشارة) إلى العين الثمن المجهول فأغنى عن اعلام قدره وصار كمن المبيع المجهول والاجرة المجهولة في الاجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالتصف فانه جائز وكأ رأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه

وربما يوجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدل في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما كالثوب لا يعلم في كم انتقض السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده وهو أن المسلم اليه (فد يجرى عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الرأس ماله) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيماني على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالتحقق)

(الشرع مع المنافي) اذا القياس بخالفه ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز له وهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لاسيما على قول من اعتبر أدنى الاجل أكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار النازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد يحتمل فقد لا يردو بعد الرد ترك (٢٣٩) الاستبدال في مجلس الرد أيضا محتمل

والمعتبر هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم أن المني من الموهوم هو ذاك وقبل بل هذه شبهة واحدة لان كلامهما مبني على وجوده زيفا والاول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقر به ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لان الذرع) في الثوب المعين (صفة) ولهذا الوجوده زائدا على المسمى مسلم له الزيادة مجانا ولو وجدته ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا أسلم مائة في كرخطة وكرشعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند أي حنيفة رجحه الله لان المائة تنقسم على الخطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته

الشرع مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروع عه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما وله ما في الثانية أن مكان العقد يتعين

كالثوب والعقد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤداه الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تأديته اليه أنه رعايته في رأس المال كما ينفعه المحتاجون فربما يظفر فيه زيوفا فيختار الاستبدال به ورده وقد يكون أكثر رأس المال زيوفا فانه اذا رده واستبدل به في المجلس يفسد السلم عند أي حنيفة لانه لا يجزى الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال به في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكيال معلوما لم يدر في كم انتقص وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد حكم المعلوم (الشرع مع المنافي) وهو كون المبيع معدوما فان ما بشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت لو أذهب الله غرة هذا الحائط لم يستحل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجهول رأس مال مخرقا ولم يمتد من الذرعان فيه فوجد المسلم اليه أنه قص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لا ينتقص من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالخيار ان شاء عرضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بان هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا يخرج الثمرة أجيب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف وتارة بأن السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور واستحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجتماعا على أنه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا المكيال قبل الحل قال المصنف (ومن فروع عه) أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال (اذا أسلم في جنسين) ككرخطة وكرشعير عشرة مثالا (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودرهم في جنس واحد كبر أو أسلم عمرا وخطة معينين في كذا منامن الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا الاتحاد الصفقة أو (لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في) المسئلة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للايفاء

الحزب فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الإشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو أسلم دراهم ودنانير في كرخطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضا الاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الإشارة وقال في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء

لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كافي بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يراجه مكان آخر لعدم ما يوجبها وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يراجه وقد عرف في موضعه وصار كاقراض والغصب في تعيين مكانه ما لا تسليم وفوقه بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روى عن محمد رحمه الله أن المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعرض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان (ع ٣٠) آخر كافي بيع العين فان من اشترى كثر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده واشترى

في المصر أو خارجة بحسنه أو بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيد الم يذكروا في التعليل ومثله بعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء بصريح بخالفها يبطئ لها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة ولا يبي حنيفة رحمه الله ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لا اشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فتعين موضعه قال

لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يراجه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولا يبي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة

(لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفه باشتراط مكان غيره وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود أو هو مفسد على ما هو رواية عن أحمد رحمه الله وصار كاقراضه الى غالب نقد البلد ما لم يسمي بقاءه داخرا فيصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضي مامعا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الاخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو لاداء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يراحم فيه غيره فتعين كأول أوقات الامكان والحقا أيضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشترى في المصر أو خارجة أجيب بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها فاذا شرط حمله فقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن في مقابلة ذلك كانه فصار بائعا آجرا ومشتريا مستأجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فاعلمك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعا وآجرا وأورد أيضا في الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم لم يله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت خوابي الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلم اليه في الابد وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين أجاب بأنه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان (ولا يبي حنيفة أن التسليم في السلم غير واجب في الحال فلا يتعين) مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فان التسليم في السلم فيها واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما فالامن أن وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى أمرا آخر تعين مكانه (فاذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لان

أبو حنيفة رأى لو عقد السلم في السفينة في لجة البحر أن يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله المسلم عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للافاء بقي مكان الابقاء مجهولا لجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان

(قوله لان العقد الموجب الى قوله ولانه لا يراجه) أقول والظاهر عندي أن المجموع دليل واحد للمدعي اذ لا يتم أحدهما الا بالآخر فليست بر (قوله قال رأيت لو عقد السلم الخ) (قول ناظر الى قوله ولا يبي حنيفة يعني قال أبو حنيفة رأيت الخ)

(وعن هذا) أي عماد كونا ان جهالة المكان بجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين (وقيل على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول بالسلم اليه وعندهما يوجب له لان تعيين المكان قضية العقد أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان (٣٤١) كالاختلاف في نفس العقد وعنده

لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن واشترى شيئا بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسليم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسم دارا أو أخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوف في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال (وما لم يكن له اجل وموثة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء الخ)

وعن هذا قال من قال من المشايخ رجعهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسم دارا أو جعل مع نصيب أحدهما شيئا له اجل وموثة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (وما لم يكن له اجل وموثة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا يختلف قيمته (ويؤديه في المكان الذي أسلم فيه)

المسلم بطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه موثة اجل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف رأس المال لان تسليمه واجب الحال فاقتراوا الحاقه بالامر في تعيين أول الاوقات بالاجماع لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذا ملازمه تظهر وما المانع من تعيينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقه بالاستهلاك والقرض يظهر الفارق بينهما وبين السلم والثن في العين محل النزاع لان أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فان لا يتعين مكان العقد تسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق انفي الكائي بالكائي فلو عقدا السلم ومشيئا فربما سلم اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك لانه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الايجاب مطلقا لا تثبت هذه الملازمة الاسماع (قوله وعن هذا) أي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن أو الثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته وقيل على عكسه أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحققان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز اذا كان له موثة اجل وهو مؤجل في بيع العين (والاجرة) بأن استأجر دارا مثلا بماله اجل وموثة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما اذا اقتسم دارا أو جعل مع نصيب أحدهما شيئا له اجل وموثة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالاجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الاجارة (للايفاء) (قوله وما لم يكن له اجل وموثة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقد يسلم في امنان من الزعفران كثيرة تبلغ أجمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي (ويؤديه في المكان الذي أسلمه فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأني التسليم فيه وما لا بأن أسلم اليه درهما في مركب في البحر أو جبل فانه

قد تقدم بيان ماله اجل وموثة فيعلم من ذلك ما لم يكن له اجل وموثة وقيل ما لم يكن له اجل وموثة هو الذي لو أمر انسانا بحمله الى مجلس القضاء جلا مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة وانفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه

قال المصنف (لا يختلف قيمته ويؤديه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا لا يلائم لذكره أبو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتأمل

روايتان في (رواية الجامع الصغير ويوع الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذ كرفي الاجارات (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيه) (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب لانه لا يتعين باعباره فلو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف (٣٤٣) ماله باختلف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط

خطر الطريق ولو عين المصر فيماله حمل ومؤنة بكتفي به لان المصر مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والابرة والقسمه وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبيح صحبا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لامكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض ثم يفسد مال يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد أما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي أي النسبة بالنسبة وان كان عينا فلأن السلم أخذ

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذ كرفي الاجارات انه بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاما كن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيماله حمل ومؤنة بكتفي به لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل بأجل اذا الاسلام والاسلاف ينبتان عن التجميل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم

يجب في أقرب الاما كن التي يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذ كرفي الاجارات من أصل المبسوط (بوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعي أيضا (لان الاما كن كلها سواء) اذا المالية لا تختلف باختلاف الاما كن فيما لا محل له ولا مؤنة بل بعزلة الوجود وقتله وكثرة رغبات الناس وقتلها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والخطب يوجد في المصر والسواد ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السواد (ولو عين مكانا قبل لا يتعين لانه لا يفيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الاصح وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في التحفة (ثم لو عين المصر فيماله حمل ومؤنة بكتفي به لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا أن يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله الى منزله لا خيره ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قبل يجوز استحسانا وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليس له في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان رأس المال (من النقود فلانه) لو لم يقبض (افتراق عن دين بدين) لان المتعين فلا يقع العقد الاعلى دين في النسيئة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي) أي النسبة بالنسبة الا أن مال الكارحه الله يجز التأخير ويقول اذا لم بشرط التأجيل لا يخرج به الى الدين عرفا وبقوانا قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس

عاجل بأجل اذا الاسلام والاسلاف ينبتان عن التجميل والمسلم فيه أجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة وهذا

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والابرة والقسمه) أقول لا يخفى عليك بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا)

وجه الاستحسان والقياس جواز له لان العروض تتعين في العقود فتترك شرط التججيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أي ولا شرط القبض (قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائده الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين فلورثه المأخوذ عاد الى ما في ذمته فثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهي فاذا لم يفد فائده لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائده لان العقد (٣٤٣) ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد

عين ما تناوله العقد فيفسخ قبل فيه اشكالان أحدهما أن الضمير في قوله فيه اما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه لاسيما الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لاتقاء التقريب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبيا والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان دين في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني ان السلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام

ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض

لا يشترط تججيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينفي عن تججيل المسلم دون الاخر لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل باجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لو فرضنا فرضا أنها اصارت اعلاما فاصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التججيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا فرض افلاسه وطاحته الى العقد افلاسه فيقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى اجل (و) لهذا أي لا شرط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) الذي هو الملك وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البطل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الاخر وعلى قوله ما هو ملك متزلزل فانه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت الاجارة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيرا أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينه كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما ياتي به ينفسخ لانا لا نسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي وأما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا أو قيميا (بخلاف خيار العيب) في المسلم فيه فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد

القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد

وجه الاستحسان) أقول أشار بقوله هذا الى قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله والقياس جواز له) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لا بد الخ في قول الشارح معطوف على قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبني عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا من القبض نفسه لانه عينا (قوله لأحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو ما أن يكون رأس المال قائما أو لا فان كان الثاني لم يصح العقد بالأسقاط لان ابتداءه برأس مال هودين لا يجوز فكذلك اتصافه بالأسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء سهل من الابتداء والجواب أنه اتفاقا فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز (٣٤٤) خلافا لزرر وقدمر نظيره وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل الحلول

فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزرر قال (وجملة الشروط جمعوها) جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايفاء كما مروى في القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا (فإن أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة تقصد فاسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحا أما اذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصا بالدين فلا اشكال في طوره كالموابع عبيدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزرر وقدمر نظيره (وجملة الشروط جمعوها) في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة تقصد فاسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا ترى انهم لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقد صحيحا

(قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خلافا لزرر) وانما قيد بقيام رأس المال لانهم لو أسقطاه بعد انفاقه أو استهلكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالاهـ لـك صار ديناً في ذمة المسلم اليه فلو صح كان برأس مال هودين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا وقول الشافعي ومالك كقول زرر (وقدمر نظيره) في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعوها الى آخره) فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة ومن صفته أن يذ كر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالمية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية فان لم تختلف وتساوت رواج يعطيه من أيها شاء ولو تفاوتت رواج انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمى مؤيدية يعطيه الاشرافية والحققية لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالمية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق بجزء عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند أبي حنيفة خلافا لهما وان لا يشمل البدلين احدي علقى الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجمله الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرحنطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافا لزرر رحمه الله وجه قوله أنه فساد قوي لانه يمكنه في صلب العقد وإضافة جعل قبول العقد في صحة الدين شرطا لقبوله في صحة النقد فلهذا شرط فاسد وانما أن الفساد طارئ فلا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطلقا بأن قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين قطارا وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعا بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قبل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط قبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو أنهم ما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا ببيع بلائع بخلاف ما لو كانت المائة على ثابت فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

مبيعا بالخصه طارئا وأما اذا أضاف الى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود كون لاتعين في العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء ألا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله (مائة منها دين على المسلم اليه) لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما

قال (ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احتراز عن الكالئ بالكالئ فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فاقط الشرط (٣٤٥) وهو معنى قوله فلما فيه من

تقويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فرأس المال ان كان مثليا جاز ان يبيع مراحمة وان كان قيميا لا يجوز الا بمن عنده ذلك الثمن (ولا يجوز الشركة) وهو ان يشترك شخص آخر في السلم فيه (و لا التولية) وصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكري بعد ما دخلا في العموم لانهما أكثر وقوعا من المراحمة والوضعية وقيل احتراز عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه بولي غيره ما ولى (فان تقابلا السلم لم يكن لب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك (ولانه أخذ شهابا بالمبيع)

(قوله لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم) أقول يعني ان القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ

قال) (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تقويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقابلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولانه أخذ شهابا بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

كون المائة ديناً على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقه ما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين وكان الفساد طارئا بلا شبهة * وقال في المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذاك فالك فسد

ان لم يبين قسطا وقسطا ذا * والبر في الشعيروالزيت كذا

فاستشككت على مسألة الكتاب فقبل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد قد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الى آخره قال الا أن هذا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب العقد لا في الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصنف بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضا ثم قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المصنف تفريعا على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قبل بتبيين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال الا أن على هذا الحاجة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فانه لو كان عينين فسد فيهما ذلك أيضا (قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تقويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه (فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به أما لو دفع المسلم اليه ما هو أدرأمن الشروط فقبله رب السلم أو أوجد فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم اليه وقول القدرى بعد ذلك (ولا تجوز الشركة و لا التولية) مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه اقرب وقوعهما في المسلم فيه بخلاف المراحمة والوضعية فانه غير معتاد ولا نهدين وفي الوضعية اضرار برب السلم فيباعد وجودهما بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هي معنى أخذه بعرضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم (قوله فان تقابلا السلم لم يكن له) أي لب السلم (أن يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضي أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا أعرفه

(٤٤ - فتح القدير خامس) الاسلمك أو رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ أقول قوله حالة البقاء ناظر الى قوله الاسلمك وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

(لأن الأقالمة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك (السقوطه) بالأقالمة (ف) لا بد من (جعل رأس المال مبيعاً) ليرد عليه العقد والالكان ما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه وإذا أمكن أن يكون الدين معقوداً عليه ابتداءً فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجهه دون وجهه كان أولى وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذلك ما أشبهه فإن قيل إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً لانتهاء بالابتداء أوجب بقوله (لأنه) أي لأن عقد الأقالمة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لأنه بيع في حق الكل والأقالمة بيع في حق ثالث (٣٤٦) لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني بالضرورة فإن ثبت بالتنبيه

وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالأقالمة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظراً إلى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم بين قول من قراع الكتاب (قوله وفيه) أي في جعل رأس المال بعد الأقالمة

وهذا لأن الأقالمة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً بالسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم في كرخطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا أو أمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء

مرفوعاً إلا من هذا الوجه وأخرج الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ الدرهمي وقال إبراهيم بن سعيد فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر أخبرنا معمر بن قتادة عن ابن عمر قال إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ إلا أسلمك يعني حال قيام العقد أو رأس مالك أي عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أي كونه أخذ شبهاً بالمبيع (ب) سبب (أن الأقالمة بيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحته تنوقف على قيام المبيع إلى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الأقالمة البيع قبل القبض تبطل الأقالمة وذلك غير ممكن هنا لأن الأقالمة يسقط المبيع لأنه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صححت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثل المسلم فيه وجهه لالدين مبيعاً ليس محالاً وأورد عليه لو كانت بيعاً جديداً لكانت بيع سلم لأنها أقالمة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الأقالمة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعني عقد الأقالمة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الاقتراض لا يفترق عن دين بدين وذلك إنما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالأقالمة ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له (وفيه خلاف زفر) أي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم إليه بعد الأقالمة السلم فعنده يجوز أن يشتري به ما شاء وهو القياس لأنه بالأقالمة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم إليه فيستبدل به كسائر الديون قال (والحجة عليه ما ذكرناه) من الأثر والمعنى فهو استحسان بالآثر مقدم على القياس (قوله ومن أسلم في كرخطة) وهو مستون فقيرا أو أربعون على خلاف فيه والفقير ثمانية مكا كيك والمكوك صاع ونصف (فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقضاه رب السلم بحقه بأن

مبيعاً (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الأقالمة صار ديناً في ذمة المسلم إليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون كاله جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم في كرخطة فلما حل الأجل الخ) رجل أسلم في كرخطة وهو مستون فقيرا (فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم إليه

(قوله فيما هو بيع من وجهه دون وجهه) أقول وهو الأقالمة (قوله لأن عقد الأقالمة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لأنه بيع في حق الكل) أقول ضمير لأنه راجع إلى الابتداء (قوله وهي طريقة) أقول ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة

(وان أمره أن يقبضه لاجل المسلم اليه ثم انفسه فأكاله له ثم أكاله لنفسه جازلانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل) الاولى صفقة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفقته مع رب السلم (فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل المتصل بباب المراجعة والتولية قال فيه ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين (قوله والسلم وان كان سابقا) جواب عما يقال ببيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا تحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة سلفا لذلك (لكن قبض المسلم فيه لاحق) وقبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع) لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل

وان أمره أن يقبضه لثمة يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جازلانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكان قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء

أكاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك لم يملك من مال المسلم اليه ويطلبه رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه له) أي للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فأكاله) أي رب السلم للمسلم اليه (ثم أكاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والفقهاء فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكثر وهو انما يتحقق بالكيل لكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذا عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكثر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين فاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له قبض الكثر الذي اشتريته من فلان عن حقل فذهب فأكاله ثم أعاد كيلا صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له قبضه عن حقل والمخاطب يعلم طريق صحته وقبضه قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الامر وثانيا يصير هو قابضا لنفسه فتعمل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قول فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز وقوله (والسلم وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ببيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشراؤه من بائعه (وانه) أي قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة) واعتبار عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شراؤه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو أسلم مائة في كرم ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرم حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرم يجوز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكثر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعل عند القبض كأنهم ما جدد العقد او مثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارت أو هبة أو وصية أو وفاة رب السلم فأكاله مرة وتجاوز به يكتفى بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود وعدا او السلم في معدود فعلى الراويين في وجوب إعادة العقد في بيع المعدود

(و) ان (كان) الكر (قرضا فامر) المستقرض المقرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة) ولو لم يكن اعارة لزم عليك الشيء بجنسه ونسبته وهو باول هذا (٣٤٨) لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود

عين المقبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم الخ رجل أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له في غرائره طعام فانه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الا امره اذ حقه في الدين لا في العين فلا يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كماله كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصرف قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا بحالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيل عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري (قوله ألا ترى) وتوضيح لتملكه

وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الا امره لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصرف قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري احصة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يملك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا وهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

بعد شرائه عدا هذا (فلو لم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكر) ولم يقل اقبضه الى ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة) وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيل لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تلك الشيء بجنسه ونسبته أو تفرق بلاقبض فيه وهو ربا وهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه يبيع بجنسه ونسبته وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حصل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا بوجوب الكيل بخلاف البيع مكابلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أفقرة جازله أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله ومن أسلم في كرفأمر رب السلم المسلم اليه أن يكيله في غرائر رب السلم) والموضع موضع الاضمار فيها الكسنة أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقيد بغيره لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالتفريق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الا امره لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه جا عا لملك نفسه فيها فصار كماله كان عليه دراهم فدفع) الدائن اليه كيسا (ليزنها المديون فيه لم يصرف قابضا) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بل ترد فان كان قبل لا يصير قابضا لافرقنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي أنه يصير قابضا لان أمره يخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر في صيربه قابضا وهو نظير ما سجد كرفي كتاب الصرف فبين دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغى لي بها خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بحالها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيله فيها ففعل بغيره (صار قابضا لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) وتطيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري ونقرر الثمن عليه ومنه (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا في ملك (من مال المشتري لما قلنا) وهذا يكتفى بذلك الكيل (الواحد) (في الشراء في الصحيح)

بالبيع (انه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحن للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري) واذا أمره أن يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك الا باعتبار احصة الامر وعدمها وصحة موقوفه على الملك فلو لانه ملكه لما صح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح (يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح)

لان البائع نائب عنه في الكيل (فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلماً أجا ببقوله) (والقبض بالوقوف) أي وتحقيق القبض بالوقوف (في غرائر المشتري) فلا يكون مسلماً ومتسلماً وانما قال في الصحيح احترازاً عما قيل لا يكتفي بكيل واحد عسكاً بظاهر ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصير) المشتري (قابضاً لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلم يصير الغرائر في يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذلك ما وقع فيها وصار كالأمره أن يكيه له ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لانه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم (٣٤٩) في كرخطة فلما حل الاجل اشترى

من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين) أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيه افلا يخالو البائع من أن يجعل فيها أو لا الدين أو العين فان كان الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فلا صحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الامر ورد بأنه لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض كما لو كان بذلك نصاً واجباً بأنه ثبت ضمناً وان لم يثبت قصداً وأما الدين فلا اتصال بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا ثبت القبض (كن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشك بالصبيغ فان الصبيغ والبيع اتصال بملك المستاجر ولم يصير قابضاً لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل

لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوف في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصير قابضاً لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالأمره أن يكيه له ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضاً أما العين فلصحة الامر فيه وأما الدين فلا اتصال بملكه وبمنه يصير قابضاً كن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلا لانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهة لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في الخلط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لانه نائب عنه في الكيل والوقوف في غرائر المشتري) وقوله في الصحيح احترازاً عما قيل لا يكتفي بالكيلين على ما مر قبل باب الر باولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل بعينه لم يصير قابضاً (لانه استعار غرائره ولم يقبضها) فلم تتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم يصير الغرائر في يده فكذلك ما يقع فيه) على تأويل الطرف ونحوه (وصار كالأمر المشتري) البائع (أن يكيه ويعزله في مكان من بيت البائع) ففعل بعينه لم يصير قابضاً (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم اليه كرامعيناً بعد حلول السلم فأمره أن يكيه في غرائر المشتري كليهما ففعل بعينه ان بدأ بالكرا العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضاً لهما (أما العين فلصحة الامر فيه) لانه لا في ملكه (وأما الدين فلا اتصال بملكه وبمنه يصير قابضاً كن استقرض حنطة) ولم يبرع فيها (ثم أمره المقرض) أن يزرعها في أرض المستقرض وكن دفع الى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ففعل بعينه لزمته الزيادة ونقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكذلك في الغرائر (لم يصير قابضاً) أما في الدين فلعدم صحة الامر (لما قلنا) (وأما) في (العين) فلا لانه خلط مال المشتري) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكاً عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعديل يكون به مستهلكاً لانه بأمره أجا ب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (بالخيار ان شاء نقض البيع) لعيب الشركة وان شاء شاركه في الخلط) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالاً قابضاً به أجا ب بأن المعقود عليه ثمة

لا يتجاوز الفاعل فلم يصير متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً وان كان الاول لم يصير قابضاً أما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الامر (وأما العين فلا لانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينتقض العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينتقض البيع أجا ب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الامر قابضاً والذي كان مأذوناً به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزماً واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكانه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضي به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في الخلط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما)

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة الخ) رجل أسلم جارية في كرحنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الأقالة بهلاكها لانهم مالوتقايلا بعد هلاك الجارية كانت الأقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء أسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في السلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكأن أحد العوضين كان قائما فلا (٣٥٠) يرد ما قبل ان الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقطت الأقالة فصار كهلاك العوضين في

المقايضة وهو منع الأقالة وقد تقدم في الأقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الأقالة في البيع عندها كما بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال (ومن أسلم الى رجل دراهم في كرحنطة الخ) اذا اختلف المتعاقدان في صحة

السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان أنكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم لان رب السلم متعنت في انكاره صحة

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لان صحة الأقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الأقالة حال بقائه واذا جازا ابتداء فاولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل واذا انفسخ العقد في السلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الأقالة ولو تقايلا بعد موتها فالأقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الأقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الأقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم الى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه) لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة

الفعل لا العين والفعل لا يجوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الأقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة في السلم تجوز الأقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الأقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع الى أن يقبض في السلم المبيع قصده هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الأقالة اذ ماتت قبل الأقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ في الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فريد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثالا لا تجوز الأقالة بعد موتها وتبطل لوماتت بعد الأقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الأقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الأقالة بعد هلاكها اذا كان العرض الآخر باقيا لان كلامهما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم الى رجل الى آخره) الاصل في هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج النعت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعي الصحة أيضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وان أنكر الصحة اذا عرف هذا حثنا الى المسائل (أسلم الى رجل في كرحنطة فقال المسلم اليه شرطت لئلا رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لان رب السلم متعنت) لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لانه) على كل حال (يربو على رأس المال في العادة) وان كان رأس المال نفدا أو المسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل

السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهم مال اتفقا على عقد واحد بذلك واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر أقرب الى الصدق وفيه بحث لا نالا نسلم ان المسلم فيه يربو على رأس المال

(قوله ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر) أقول لا يحنى عليه ذلك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهرا ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجي (قوله لا أن رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه الى قوله فانهم مال اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعا يتم المقصود بدونه

بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسبة وان كانت كثيرة سلمناه لكن بوعليه اذا كان جيدا وأما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيضة على المدعى واليمين على من أنكر وهو باطل لا يقتضى أن يكون القول قول المنكر وان أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الراجحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك أقوى دليل على رب المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصورة فنكر صحة الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وان انعكست المسئلة وهو أن يدعى رب السلم الوصف وأنكره المسلم اليه لم يذكره محمد (٣٥١) في الجامع الصغير والمتأخرون من

المشايخ (قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا) (قوله) (وان أنكر الصحة) (قوله) (وسنقره من بعد) (يريد به ما يذكره بعد بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعد والمطابق ونقصره ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما يتقعه وهو الاجل فان قيل لانسلم أنه متعنت لانه بانكاره يدعى فساد العقد وسلامة المسلم فيه وهو ير بوعلى رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس أجاب المصنف (بأن الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد) فان السلم الحال

وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا وان أنكر الصحة وسنقره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد له دم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا له عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر

بذلك الاجل ولو لانه ير بوعليه وان كان اجلا لم تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة الى آخره فيخص بأب حنيفة تشبته في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للاخر هو ما لا يقولان ان القول للمدعى الصحة دائما ليعلاها بظهورها في مباشرة العقاد (وفي عكسه) بأن ادعى رب السلم شرط الرد وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة) وهو قول الشافعي (لانه يدعى الصحة وان كان صاحبه منكرا) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكرا وان أنكر الصحة) وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسئلة التي تلي هذه (ولو قال) (المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما يتقعه وما هو حقه (وهو الاجل) لان الاجل اترفيه المسلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة ير بوعلى رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا لا يراد هو وجه القياس فأجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الاجل ليس متيقنا) حتى يكون انكاره انكارا للصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لانه ليس بلازم قطعاً (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ومحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعاً للفساد (وفي عكسه) وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه) وهو زيادة الربح الكائن في قيمة السلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر

جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع بحد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى أن يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر

(قوله وان كان رديا) أقول مسلم اذا علم اشتراط العقادين رداءة المسلم فيه (قوله فنكر صحة الصورة الخ) أقول الا صوب أن يقال فالمدعى صورة منكرا في المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنه مدع) أقول ان له حتى الفسخ

استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذا السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلاف في جوازه وفساده وكنا متفقين على الصحة ظاهرا لو جهن أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان اقدام على العقد التزام لشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفقا على انه قد اقرارا بالصحة فالمسكوك به دعه ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانهم اذا فسدت كانت اجارة واذا صححت كانت شركة فاذا اختلفا لم يدعي الصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافة ووحدة العقد عند (٣٥٣) الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبارا لاختلاف الموجب للتناقض

المردود لو حدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل واما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر بالانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة بالزوم لانه بالفساد لا يتقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير الزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكك بمألو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان

استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه نعتنا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول للمدعي الصحة عنده وعندهما المنكر وان أنكر الصحة

استحقاق (زيادة الربح) وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا (وعند أبي حنيفة القول للمسلم اليه) وهو قول الشافعي (لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) اذا اظهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتتمام الفرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت المالك على وجهه لا يجب نقضه ورفع شرطه لان شرط الشيء تبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه فانكارا لاجل انكاره بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود أو بلاشهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف المضاربة) لانه أي عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائته برأس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له (أما السلم) عقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعي الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعي الفساد يدعي الاجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يبحث به في عيئه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول للمدعي الصحة واستشكل بما قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يقبل اختلاف في نوع العقد أحجب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقصر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطف عليه يدعي الفساد لان أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف ان صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظرا لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي أختين في عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف أوله على آخره بوجود المغير في آخره وان كان بحرف العطف وأورد أيضا بما اذا قال تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد

الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر بلوغ المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد ورد عليه لان رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدين بألف والاخر بألف وخمسمائة على ماسياتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه المقلد موعه

(قوله والثاني ان اقدام على العقد التزام لشرائطه) أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثاني غير مسلم

قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طول وعرض ورقعة) لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حر بلا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه

بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اجيب بانه ما اقر بأصل العقد بل أنكره حيث أسنده الى حال عدم الاهلية * واعلم أن انكار الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة لم يدعي الاكثر قضى بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجبه المطالبة عليه ومن أقام بينة قضى له فان أقامها فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل وهذا الاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لفرقة لاه في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانهم ما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الأصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قال الجيد أجبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند أبي يوسف ثم يرجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اما عين أو دين وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا في السلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كرحنطة وقال الآخر في نصف كرا وفي شعير أو في الخنطة الرديئة وأقاما قضى ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على السلم فيه انه الخنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كرحنطة وقال الآخر في كرشعير وأقاما البينة قضى بالسلمين فحمد مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كرا وأقاما فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقدا بخمسة عشر في كرا وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذ كر هذا وينبغي أن يقضى بسلمين كما في الثوبين وفيها أسلم في ثوب وشرط الوسط جاء بمحمد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذريا ففي الكيل فان أسلم في عشرة أقفزة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بنسبة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقاله في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أرد أو أعطى درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقد مناته في الاردا والاجود يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بأز يد ذراع وقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بنقص فرد معه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقاله فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بنقص وصفا لا يجوز ولو باز يد وصفا جاز الكل في الأصل (قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طول وعرض ورقعة لانه اسلم في معلوم) والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حر افاقان عند باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا

قال (ويجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظته وتخاته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حر ير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير يختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس يكاف ولا ذكر الوزن وحده لان السلم اليه رعاياتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالنقل والحقه

قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العدد الذي تتفاوت أحاده في المالبية كالجواهر والملاكي والمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لافضائه الى النزاع وفي الذي لا تتفاوت أحاده كالخوز والبيض جازا اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما يعلم بالوزن فلا تتفاوت في المالبية (ولابأس بالسلم في اللبن والآجر) اذا اشترط فيه ملبنة معروفة لانه اذا سمى اللبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق (٣٥٤) بالعددي المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره

جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل مالميس بانسان اميس بحيوان والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كبل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل مالميس بانسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع

(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان أحادها متفاوتة تفاوتنا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولابأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنة معلوما) لانه عددي متقارب لاسمها اذا سمى اللبن قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يفضى الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة (ولابأس بالسلم في طست أو قفمة أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للاجماع الثابت بالتعامل

يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجواهر والبوارى اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقيل من الثياب عرفا كالوذاري بشرط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في المنتقى اذا باع نوبى حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا ووزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بتعريفها في البيع غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع وفي الطول يذكّر عدد الذراعين يجب أن يتوسط عند الذراع بين ارجاء الثوب ومده ان كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا أن يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جزا فافلذا ذكر القدوري أن بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كما وانى الصفر (قوله ولا يجوز السلم في الجواهر) بخلاف الاملاك (ولا في الخرز لان أحادها تتفاوت تفاوتنا فاحشا) في المالبية فان الجواهر رتين قد يتحدان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوى فيجوز وزنا (ولابأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنة معلوما) لانه عددي متفاوت اذا سمى اللبن وقوله (لا سيما اذا سمى الى آخره) يعطى أنه متقارب فلا يشترط تسمية اللبن بل اذا سمى يكون أحسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتنا فاحشا وذكّر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون وفي عرف بلادنا يسمونه قينا أو قيرا وهو الذي يبنى ايشوى فيه الآجر والحجارة تعمل حبر لانه يتفاوت في النضج تفاوتنا فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالتفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لاختلاف فيه كالقطن والكتان والابرسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفرو والحناء والوسمة والرياحين والياسسة والجسذوع اذا بين طولها وعرضها وغلظها والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كبلال الغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر المتعارف وفي عرفنا كبله في شبالك الليف يسمونه أهل العرف شنيقا (قوله ولا بأس بالسلم في طست أو قفمة أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والآنبة من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول اصنع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفاطوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة نسع كذا وزنها كذا على هيئة

المتقدمة (ولابأس بالسلم في طست أو قفم أو خفين أو نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه) أي لا يجوز كذا لان الجواز خير فينتفى قال (وان استصنع شيئا من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجي انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهم او يسلم اليه جميع الدراهم او بعضها أو لا يسلم وهو لا يخلو اما أن يكون فيما فيه تامل واليه أشار بقوله شيئا من ذلك أي مما تقدم من طست وقفم وخفين أولا والانسان لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجي والاول يجوز استحسانا

(قوله أحدهما انه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلي في الثاني لا تنفاه الشرط فتأمل

والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له أجل اليه أشار قوله بغير أجل ووجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبر والقياس يترك مثله كدخول الحمام ولا يشك كل بالمزارعة فان فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلافوا في جوازه هل هو بيع أو عدة والصحيح أنه بيع لعدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينقذ العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة أنه سماه في الكتاب معاوأ ثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولائيه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الخائف أن ينسج له ثوبا يغزل من عنده (٣٥٥) أو الخياط أن يخط له قيصا بكراس

من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة ألا ترى أنهم اذا ابتاعوا عرضا بعرض ولم يركل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز أن يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا أجاب (بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودا لعذر النفسان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودا لعذر جواز الصلوات لثلاثة تضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع أجاب (بأن المعقود عليه

وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيع العدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذ جاز كذا بكذا وبعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا في عقد الاخر معه جاز استحسانا تبعاً للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استنجر على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما لو قال اجعل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصنع ثوبا كذا لا يصح ولا يباع لانه بيع معدوم ولو كان موجودا لم يجر فاذ كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكن يجوزناه استحسانا للتعامل الرجوع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا تكبير والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واختم به صلى الله عليه وسلم وأعطى الخاتم مع أن مقدار عمل الخاتمة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بغير شرط ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لا يذكر عددا ما يصيبه من ملء الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخط قيصا بغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة قالوا كم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنشور مواعدة وانما ينقذ عند الفراغ بيبعا بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم والمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفساده مامع التعامل ثبوت الخلاف فيه ما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيبعا لان محمد اذ كره فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها واثبت أبي اليسر الخيار لكل منهما ما لا يدل على أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم يركل من ماعين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسجها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي

هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذ جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بأنه لو كان بيبعا لم يطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما ذكر في جامع قاضيان وأجيب بأن الاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبه بالبيع

(قوله وله ذابث لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة (قوله ألا ترى أنهم اذا ابتاعوا الخ) أقول وللحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتري لم يره فخير لذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتريا لم يره فلا وجه لخياره الا ما قررناه فتأمل (قوله فان قيل انما يصح ذلك الخ) أقول الحصر ممنوع فانه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجودا الا أن يقال المشار اليه بقوله ذلك كونه بيبعا لا اعتباره موجودا

من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلم يشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما واشبهه بالبيع وهو المقصود أحر بنافيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضه أجيب بأن الصبغ أصل والصبغ آله فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وههنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولو لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (الا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لعدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه الا باختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه لانه اشترى مالم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع مالم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصح بناء على جعله بيعا لعدة وعن أبي حنيفة ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفع الضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وان لاف الخيط وعن أبي يوسف انه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان الصانع أنلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى يده فلا يثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتر به بمثله الا ترى أن الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعالم لا يشتر به أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب بجواز أن يكون الرضا (٣٥٦) على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك

لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لامة الدين منها في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بمهر ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكنت لجهلها بأن لها

ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لانه بائع مالم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف انه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرار بالصانع لانه ربما لا يشتر به غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالتياب لعدم الجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف لم يكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير مسلما عند أبي حنيفة بخلاف ما لو ضرب به فيما لا تعامل فيه يصير مسلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

المعقود عليه يعمل لان الاستصناع بني غنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى مالم يره ولذا لو جاعبه مفر وغالاه من صنغته أو من صنغته قبل العقد فأخذه جاز وانما يبطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء ببيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركه ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على

الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لامة الدين منها ولا يجوز اعطاء الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من النيب والقصاص ابقائه على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالايجاع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون مسلما عند أبي حنيفة رحمه الله بخلافهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير مسلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكره على سبيل الاستمهال أما المذهب المذكور على سبيل الاستمهال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير مسلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو الاستمهال فلا يصير به مسلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار مسلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون مسلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي أن يكون مسلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحمول فيحمل الثاني على الاول (بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

(قوله وعن أبي يوسف انه لا خيار له - ما أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه بائع مالم يره (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا الا انه لا منافاة بينهما فحمل (قوله وفيه نظر لان غير الاب والجد) أقول لا يخفى عليك ان ما لك هذا النظر التكام على السند الاخير وانه لا يجدي نفعنا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تعجيل راس المال واستقصاء الوصف

ولابي حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم (وتقريره لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل أدخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا لا مبرين كان حمله على السلم أولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

﴿مسائل منشورة﴾

(٣٥٧)

أي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الاصل أما الكلب المعلم فلا شك في جوازه بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لانه منتفع به حقيقة وشرعا فيكون مالا وأما غير المعلم فلا يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه وينزع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الخافين بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به (وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور) أي الجارح (لا يجوز لانه غير منتفع به) ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وأمر بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب لصيدا وللماشية أو للزرع

وعند جواز خيال الرؤية (قوله يريد به أن في فعل

ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

﴿مسائل منشورة﴾

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

اعطاء المسمى أجيب بأنه انما يجب للصانع لانه لا يمكنه الا بالانلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ به هذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الآخرة كسرا عمالم يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا لزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالاصح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لانه بالآخرة بائع والله أعلم

﴿مسائل منشورة﴾

المسائل التي تشد عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منشورة أي متفرقة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الاصل فنبه بعضهم على اطلاقه كالفردوري وفي نوادر هشام عن محمد بن نصر على جواز بيع الكلب العقور وتضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مني في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع الثمر بحال لانه لشربه لا يقبل تعليمها وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة رواية الحسن الجوزي رواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو لله وهذه جهة محترمة وجه رواية الجوزي أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهر لانه لا تصطاد بالفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنفس والعقارب والفأرة والتمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها في الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويحوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا بعمال التراب

الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف لما أسلفه في رأس الصحيفة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزارعة ثم أقول قال الاتقاني في تعليل الشبهة لأن الشافعي يكره الاستصناع انتهى وأنت خير بأن قول الشارح أقرب من قول الاتقاني

﴿مسائل منشورة﴾

(وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وعن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية
فعيل بمعنى فاعل وترك التاء الحاقا بفعل بمعنى مفعول كقولهم ملحقه جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سوره فانه متولد من اللحم
وما كان كذلك لا يجوز بيعه (٣٥٨) لان النجاسة تشعربهم وان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة

ثابته فكان البيع منتفيا
(وانما أن النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الكلب
الا كلب صيد أو ماشية)
وهي التي تحرم المواشي
واعترض بأن الدليل
أخص من المذعي فان
المذعي جواز بيع الكلاب
مطلقا والدليل يدل على
جواز بيع كلب الصيد
والماشية لا غير وأجيب
بأن ذكره لا يبطال شمول
العدم الذي هو مدعى الخصم
وأما اثبات المذعي فثبت
بحديث ذكره في الاسرار
برواية عبد الله بن عمرو بن
العاص رضي الله عنه أنه
قال قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم في كلب
بأربعين درهما من غير
تخصيصه بنوع وفيه نظر
لان الطحاوي حدث في
شرح الآثار عن يونس
عن ابن وهب عن ابن جريج
عن عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده عبد الله بن عمرو أنه
قضى في كلب صيد قتله
رجل بأربعين درهما وهذا
مخصوص بنوع كما ترى
وقيل الاستدلال يدل على
جواز بيع الكلب
المسلم وغير المسلم سوى العقور

وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وعن الكلب
ولانه نجس العين والنجاسة تشعربهم وان المحل وجواز البيع يشعرباعزازه فكان منتفيا ولنا أنه
عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية

المخلوط بخلاف الدم يمنع مطلقا (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد
أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ
في داره الا ان خاف لصوا أو أهدأ للصيد الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من
أجره كل يوم فبرطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن
أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وعن الكلب وكسب الحجام من
السحت وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الانصاري أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن
النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعربهم وان المحل والبيع
برفعته) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الكلب الا كلب صيد أو ماشية) وهو غريب بهذا اللفظ ثم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقدرى أيضا عن جابر
مر فوعا ولا يصح اسناده والا حديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده
عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن
كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على
رأيهم يصلح مخصصا والخصص بيان للرد بالعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص
العام المقاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل ويخرج
من العام مرة أخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى
اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج
العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تنأى منه الحراسة
فيجوز بيع الكل ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لما وجب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعلل
دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لان
منفعته خاصة يفترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث
حكم بأنه ليس دليل على المذهب بل ذكره لثني مذهب الخصم أعني شمول المنع فيحتاج بعده الى
دليل المذهب وإيسر الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول أيضا وقد استدل في الاسرار وغيره من
السروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه قضى في كلب بأربعين درهما ولم يخص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لا يعرف
الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو
ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى

والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة

في

(قوله وترك التاء الحاقا الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض (قوله كقولهم ملحقه جديد) أقول
ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحقه بالعاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما الخ) أقول
ولو سلم فهذا حكمه حال فلا عموم له

(ولانه منتفع به حراسة واصطياد) لف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالته عينه كالا دى ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الا سا كفة وليس بمال وأجيب عن الاول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع بتملك العين لا قصد افي المنفعة الا ترى أنه تورث والمنفعة وحدها لا تورث فخرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع مالا يؤكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعا فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والا باحة اضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كالباححة لحمه (٣٥٩) حالة المحصنة واذا ثبت أن مناط

ولانه منتفع به حراسة واصطياد افكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قبل عالهـم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم تناول دون البيع

في كلب ماشية بكبش وثانيها هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دابة لا على العموم خطأ ظاهر ثانيها هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطياد افكان مالا) يعني مالا يملوكا متقوما أما كونه مالا فلا أن المال اسم لغير الا دى خلق لمنفعته المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأمانه يملوكا متقوم فلانه محرز ما دون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ما دون فيه شرعا اذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجم على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الامر بقتل الكلاب كان أمرا محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن أبي بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال مالي ولد كلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخره به سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روى من التشديد في سورها وانتهى عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا أخرنا بيع السرقين والبعير مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع به ما عندنا بخلاف العذرة لم يطلاق الانتفاع بها فنعى بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع بمخروطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع ببيع الخمر لخص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنه ما ازرجـ لا أهدي الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خرف قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شربها قال لا قال فسأرت انسا فاقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لم سار رته قال أمرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفخ يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقبل يا رسول الله أ رأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بماء فم يدهن بماء الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال فأنزل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا غنمه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة

الحكم بالانتفاع ثبت في الفهد والنمو والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنا بيرا لانها لا ينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروى وتقريره ما روى عن ابراهيم أنه قال روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص في غن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ فانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائهم فاشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والتمس في الحقيقة لا يكون الا في المباشرة (قوله ولا نسلم نجاسة العين)

جواب عن استدلاله بالمعنى قول بالمنع فان عليك في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم تناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجي

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروى (قوله والتمس بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن يقول اطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته وقرينة الجواز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت كافي مهر البغي وفي حرم بيعها وكل غنمها

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير الخ) بيع الخمر والخنزير ليسم غير جائز يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعاً وتناولهما بترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم أن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل غناها قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلاً من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خرفأهدي إليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبها واستغن بئنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل غناها قال (وأهل الذمة في البياعات (٣٦٠) كالمسلمين) قال محمد في الأصل لا يجوز بين أهل الذمة الرابوا لبيع الحيوان

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام أن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل غناها ولأنه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكفون محتاجون كالمسلمين قال (الافى الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنهم أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شئ على الضمين)

وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكالاً على جواز بيع السارقين اللهم إلا أن يقال لا شأن له لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر فأننا بينا في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان تقرر أضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبن من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أن الله إذا حرم شيئاً بعى إذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأكل غناؤه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب وليس هذا الحديث في السارقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج إلى دليل آخر أما هذا الحديث فأنما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لأنهم مكفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتهم أو قد التزموا أحكامنا بالاقامة في دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا مسلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ووزنهم في البيوع كالمسلمين (الافى الخمر والخنزير) فأنما يجز بيع بعضهم بعضاً لخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن إسرائيل بن إبراهيم عن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال باهؤلاء أأنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب للكل سواء كان

بالحيوان نسيئة ولا يجوز المسلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين بداد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل بداد وكذا كل ما يكال أو وزن إذا كان صنف واحد أقيم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا أنهم مكفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما ينسب به نفوسهم كالمسلمين ولا تنبى النفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا مباشرة الأسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعاً في حقهم كما في حق المسلمين إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهم ما كالعقد على العصير والشاة في كونها أموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن

أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لما له حين حضر واليه وقال لهم يا هؤلاء أأنكم بلغنى أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير فقالوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان) صورته أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد ببيع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز وبأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شئ على الضامن (قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسبب هذا الحديث في كتاب الغصب أيضاً (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه

والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المأثور (أن الزيادة في الثمن والمثلن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً للزفر والشافعي رحمه الله لانه) أي اللاحق (تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو راجحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها) فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء بخلاف اشتراطه على الأجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقيق المقابلة ضرورة وأن كانت معنى يخرج عن حيز الحرمة فإذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سميها من المال والرشوة (٣٦١) حرام لا تلزم بالضمان واعتراض

بأوجه الأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمناً لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويحمل عنه الضامن ولم توجه عنه عليه بالاتفاق الثالث أن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب في أصل هذه المسئلة يغني عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال إذا كان لغرض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزاً جزاً فجاز أن يكون بعض الثمن خالياً بمقابلته من البديل كالزيادة في الثمن إذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتة بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الأجنبي كبدل الخلع وإذا جاز ذلك بطل عن التزمه لا غير والمثلن فيما نحن فيه الأجنبي

وأصله أن الزيادة في الثمن والمثلن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً للزفر والشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو راجحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قول الضامن ذلك بعدمه فإوضة بين فلان وسيد العبد بألف وابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لا امرأته طلق نفسك إن شئت فقالت طلقك يجعل قبولاً استحسننا فكذلك هذا وفي بعضها ما يفيد أنه يجب أن يكون له ما لا مساومة وحصل الجواب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ولقطة الأمر لا تكون في البيع إيجاباً على ما مر من أنه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلق نفسك في التفويض في الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعد بعث من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك ولو لم يقل من الثمن فباع جازاً لبيع بألف فقط لانه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن إلى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافاً للزفر والشافعي رحمه الله والضمان جائزاً لزيادة فقط وجد مقتضى لزوم بلا مانع وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه إياه أن يباعه بألف وهذه رشوة أذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعتق بألف فقط ثم في الأول أن كان بأمر المشتري كان له أن يجبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لأن البيع على المشتري صار بألف وخمسمائة وللمشتري أن يراجع على ألف وخمسمائة ولو كانت داراً وأولها شفع أخذها بألف وخمسمائة ولو رد بعيب أو نقاباً لا فالبائع يرد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويراجع على ألف ويأخذها الشفع بألف ولو نقاباً لا أو رد بعيب أو نقاباً لا البيع فلا جني أن يسترد الخمسمائة فإن قيل ينبغي أن لا يصح هذا لأن الشرع على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز فكذلك على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز إذا رواه فيه عن أصحابنا وذهب الرازي بأن محمداً نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فأولى أن لا يجوز إذا كان أصل الثمن على غير المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكن كثر كناه يعني حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالتمزمه أبو قتادة رضي الله عنه فعلى عليه فقد التزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للتمزم وهذه الزيادة من الأجنبي كذلك أذ لم يحصل للأجنبي في مقابلته شيء ودفع بانه لو كان بالنظر إلى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبي ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة لها شبهة ببطل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للتمزم وبطل الخلع

(٤٦ - فتح القدير خامس) فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لا بد وأن يقابلته شيء من المال فلا يكون كالزيادة وحده لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب والخمسمائة بالألف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف في امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجوزون ذلك وهو قليل جداً وقيل إذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد بزيادة له شبهة ببطل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شيء يسلم للتمزم وبطل الخلع

(قوله بناء على الأصل المأثور) أقول في فصل بعد باب المراجعة

قال (ومن اشترى جارية ولم
 الزوج جازا النكاح) (لوجود
 سبب الولاية) (النكاح) (وهو
 الملك في الرقبة على الكمال)
 ومائة مانع عن الجواز
 لان المنع عن التصرف في
 المبيع قبل القبض انما
 يكون عن تصرف يفسخ
 بهلاك المبيع قبل القبض
 كما تقدم والنكاح ليس
 كذلك وهذا التزويج
 يكون قبضاً لان الوطء لما
 كان بتسليط من جهة
 المشتري كان فعله كفعله
 (وان لم يطأها) (الزوج) (فليس)
 أي مجرد التزويج (قبضاً)
 استحساناً وفي القياس هو
 قبض وهو رواية عن أبي
 يوسف حتى ان هلك بعد
 ذلك هلك من مال المشتري
 لان التزويج عيب حكى
 حتى لو وجدها المشتري
 ذات زوج كان له ان يردّها
 والمشتري اذا عيب المعقود
 عليه صار قابضاً فصار
 كالاعتاق والتدبير والتعيب
 الحقيقي كقطع اليد وفوق
 العين وجه الاستحسان
 أن في التعيب الحقيقي
 استيلاء على المحل بانصال
 فعل منه اليه وبه يصير قابضاً
 وليس ذلك في الحكمي فلا
 يصير قابضاً والاعتاق
 والتدبير اتلاف للمال به
 وانهاء للمالك ولهذا ثبت له
 الولاء ومن ضرورته أن يصير
 قابضاً

(٣٦٢)

يقبضها حتى زوجها الخ) رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية
 وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار
 فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضاً لانه تعيب حكى فيعيب بالتعيب
 الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا

يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في
 مقابلة شيء ووجودها في مقابلة شيء أكثر احوال العقد فان احواله ثلاثة كونه خاسراً او راجحاً وعدلاً
 وكونها الا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة وهو كونه راجحاً فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال
 الاغلبية في المشابهة خصوصاً اذا كان يبنى عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة ثبتت تبعاً لجاز أن
 ثبتت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً فان قيل لو ثبتت الزيادة غناً والاجنبي ضامن لها لزم
 جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل ألا ترى أن من
 قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طوبى الكفيل بهادون فلان فجاز هنا كذلك وذلك
 لأن المشتري لم يلزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى
 جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافاً
 للآفة الثلاثة أما الاول فلو جاز سبب ولاية النكاح على الامة (وهو ملك الرقبة على الكمال)
 بخلاف ما لو ملكها لعل الكمال كافي ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض
 ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانقضاء
 بالهلاك قبل القبض والنكاح لا يفسخ به لانه المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على
 التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط صحة النكاح ألا ترى أن بيع الابن
 لا يصح وتزويج الابنة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن
 الوارد في منع البيع قبل القبض وارداً في النكاح قبل القبض لانه لا يثبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء
 الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضاً كذلك الزوج
 ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضاً استحساناً حتى لو هلك بعد التزويج قبل الوطء هلك من
 مال البائع والقياس أن يصير قابضاً بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله حتى اذا هلك بعد
 ذلك هلك من مال المشتري لان التزويج عيب منه للبيع وكذا ثبت خيار الرضا اذا اشترى جارية
 فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضاً وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي
 من المشتري والتزويج عيب حكى بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كمنقصان السعر له وكذا قرأ منه عليها
 بدين والمشتري اذا قرأ بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضاً فكذلك مجرد التزويج بخلاف الفعل
 الحسي كان ففأعنيها مثلاً أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على
 هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير به قابضاً وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك
 فيما يكون نفس الفعل قبضاً والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل بالاستيلاء
 والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء للملك ومن ضرورته انهاء الملك كونه
 قابضاً والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية للتدبير وينبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل
 القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد قال الصدرا الشهد والمختار
 قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصارك أن لم يكن فكان
 النكاح باطلاً وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

قال (ومن اشترى عبدا فغاب المشتري الخ) رجل اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم يتقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للثمة فاذا أقامها فلا يخلوا ما أن تكون الغيبة معروفة أو لا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون المبيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلا ادعى الملك كان مسموعا ولو أقر به لغيره كاملا صح بحكم اليد فكذا اذا أقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذ اقامات فان المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري اذ اقامات قبل قبض المبيع مفلسا فان (٣٦٣) المبيع يباع في ثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين

المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب ممتنع عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن اقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث أن ذلك يفضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لافرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول أن اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فأقام البائع البينة أنه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون المبيع وفيه ابطال حق المشتري (وان لم يدركين هو بيع العبد أو في الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذ اقامات والمشتري اذ اقامات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض ونقد الثمن (فأقام البائع البينة أنه باعه اياه) ولم يقبض الثمن (فان كانت غيبة) المشتري غيبة (معروفة لم يبعه) القاضي (في دين البائع لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون المبيع) فيكون ابطال الحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدركين هو بيع العبد أو في الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا للبيع (١) وقوله وان لم يدركين هو بين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أن هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي (لان ملك المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) بين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فهاهي الالكشاف الحال ليجيبه القاضي الى البيع تطر الغائب لا يثبت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك (واذا تعذر استيفاءه) والقرض أنه أحق بمالية هذا العبد لانه كالرهن في يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن اذ اقامات الراهن فانه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضي على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو مكن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشتري ويربما تر بوالنفقة عن الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها الدفع البلية بخلاف ما لو أقامها لثبت حقا

وعن الثاني من وجهين أحدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيل عنه وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسارع تأخير الثاني أن البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ يظهر الفرق وان دفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أي يتبع البائع المشتري

(قوله والثاني ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفقيه مفعولا ثانيا للبيع صوابه لا وفي كما هو ظاهر كتبه رحمه

فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فال حاضر لا يملك قبض نصيبه حتى يتقد جميع الثمن فاذا انقذه أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فلما حضر أن يرجع عليه بما انقذه لاجله وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفي ما انقذه عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر (٣٦٤) لا يقبض الا نصيبه مما ياباة لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب

اذا حضر بما انقذه لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك (وهو أجنبي عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما أنه مضطرب فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لا تحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن) فان من أعار شيأ بآر حلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لا اضطراه في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات أحكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطراب في حالة حضوره مفقود لا مكان أن يخصمه الى الحاكم لينقد نصيبه

قال (فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فلما حضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقد شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه وله ما أنه مضطرب فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفي حقه كولو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

على الغائب لينزع شيأ من يده لا يقبلها والاجماع في مثله دفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة اليد الغائب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض أوجب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمننا لانه غير مصادق بالمقصود للنظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فال حاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو انقذه اختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما انقذه عند أبي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما انقذه عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبي عنها (ولهما أنه مضطرب فيه) أي في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا بأداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كغير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتكه دفع الدين رجوع على الراهن لانه مضطرب فيه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل اذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ما صرفه غير أن في مسألة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفي مستأقنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخصمه الى القاضي في أن يتقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسألة السفل فان صاحب العلو لو خصمه في أن يبنى السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أي للحاضر ومنه ل صورة حضورهما في عدم الاضطراب مالوا واستأجروا رجلا نادرا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطرب في نقد حصة الغائب اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام الترمذي واذا ثبت حق الحبس في مسئلته للحاضر فله حبسه الى أن يستوفي الكل ولو بقي درهم كولو كيل بالشراء اذا انقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس

من الثمن فيمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر اذ اراد فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطرب في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام الترمذي (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كولو كيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجي ان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشترى بها بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لانه أضاف المثقال اليهما على السواء) لانه (٣٦٥) عطف على المضاف اليه وهو عطف

مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس أولوية لأحدهما على الآخر فيجب التساوي قبل وكان الواجب ان يقيس المصنف بالجودة أو الرذالة أو الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر ولا بد من بيان الصفة قطعاً للنازعة

والمذاق منه محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير ويوع الاصل ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشترت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل أن يقول النظر الى المتعارف يقتضي أن ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيار الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جيار (الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جيار (ففضاه ز يوفاه والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثلة واشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الألف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جيار ففضاه ز يوفاه هو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف يرد مثل ز يوفاه ويرجع بدرهمه) لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا

المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورته أن يقول اشتريت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعثك هذه الجارية الخ ولقطة الجامع في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة وبشرط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجيار وعرف من هذه العبارة أن المبيع يتعقد بالفظ المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه ثبت الانقسام وفيه أن اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسل لا يوجب كون الفضة أيضاً مضافاً اليها المثقال ويتقضى وهم أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسله عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسر بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وأمر أنه طالق وقعا جميعاً غدا فأنهم مامضان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما ينصرف أحدهما عن المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كونه هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الا أن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم وأما في عرف مصر فلفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا أن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه نقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقتر به من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضاً أو سلماً أو غصباً أو ودية أو بيعاً أو شراءً أو مهراً أو وصية أو كفالة أو جعلاً في خلع ومنه ما لو قال على كرخطة وشعير وسهم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جيار ففضاه عشرة ز يوفاه هو) أي رب الدين (لا يعلم) أنه ز يوف (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشئ وهذا (عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يرد مثل الز يوف ويرجع بالجيار) وذكر نخر الاسلام وغيره أن قولهما قياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان له أن حقه في الجودة مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لانه لا قيمة له عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا)

وقال أبو يوسف يرد مثل ز يوفه ويرجع عليه بالجيار لان حقه في الوصف مرعى من حيث الجودة كما أن حقه مرعى في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كية حقه يرجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفرداً لعدم انفسكاكه وهدره عند المقابلة بحسنه فوجب المصير الى ما قلنا

ولاي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلًا فلم يبق حقه إلا في الجودة وتداركها منفردة بإيجاب ضمانها غير ممكن شرعًا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور التفكاك ولا بإيجاب ضمان الأصل لأن المضمون حينئذ هو الأصل والفرض أنه من حيث الأصل مستوف فإيجاب الضمان باعتباره (٣٦٦) إيجاب عليه ولا تطبره في الشرع واعترض بوجهين أحدهما أن إيجاب

الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذ لم يفدوه ههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وإن كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الأول أن الفائدة غنة انما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعا له قال (وإذا أفرخ طير في أرض رجل الخ) إذا أفرخ طير في أرض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه وكذا إذا باض فيها أو تكس فيها طي) وفي بعض النسخ تكسر فيها طي (لأنه مباح سبقت يده اليه) فملكه (ولأنه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحدث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرج به عن الصيدية كصيد الكسر رجله بأرض إنسان فانه لا يحد دون صاحب الأرض والتكس التستر ومعناه في الأصل دخل في

ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبق حقه إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه ولا تطبر له قال (وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا إذا باض فيها (وكذا إذا تكس فيها طي) لأنه مباح سبقت يده اليه ولأنه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الأرض لم يعده أرضه لذلك فصار كصيد شبكة للجفاف

من ضمان الأصل ليصل إلى الوصف (ولهما أنه) أي الزئوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدال بل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء) وإنما يبق حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها (بعد هلاك الدراهم) (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه) يعني هو إيجاب للقابض على نفسه (ولا تطبره) في الشرع إلا أن أبا يوسف يفتي بفصل يمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من إيجاب المثل يمكن وهذا كما لو وجدها ستوفة أو نهرجة فهلكت أليس يرد مثلها فإن قال المستوفة ليست من جنس الحياد حتى يصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزئوف إلا أن علم فرضي باعتبار أنه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لأنه قبض بجنس حقه فإذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه إذا المديون لا يضمنه شيئا قلنا يجوز ذلك إذا أفاد كالمولى إذا تلف بعض أكساب عبده المأذون وقد أفادها تدارك حقه فصار كشرائه الإنسان مال نفسه إلا إذا أفاد ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا تطبره في الشرع وإيجاب يمنع الاتحاد في المستشهد به بل الضمان في المأذون للغرماء وهنا المقبوض كله ملك ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظيره وفي النوازل اشترى بالحياد ونقد الزئوف أخذها الشفيع بالحياد لأنه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها مائة فان رأس المال بالحياد وفي الأجناس اشترى بالحياد ونقد الزئوف ثم حلف أنه اشتراها بالحياد قال أبو جعفر لا يحنت وقال أبو يوسف يحنت والله الموفق (قوله) ولو أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا إذا باض فيها وكذا إذا تكس فيها طي) أي دخل كناسه والكناس بيت الطي وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر ويحترق به عمالو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا لا أخذ ولا يختص بصاحب الأرض (لأنه) أي لأن كلاً من الطير والبيض والأفرخ وقد أصح في نسخة لأنها (مباح سبقت يده) أي يد الأخذ اليه (ولأنه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلقوه (ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لأنه المقصود بقوله تعالى تنال أيديكم في قوله تعالى ليلابسونكم الله بشي من الصيد تنال أيديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله (وصاحب الأرض لم يعده أرضه لذلك) جملة حالته هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي انما يكون لا أخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئر السقط فيها أو أعدها مكانا للأفراخ ليأخذها فإن كان أعدها لذلك لا يملكها إلا خذ بل رب الأرض يصير بذلك قابضا حكما كن نصب شبكة ليحفرها فتعقل بها

الكناس وهو موضع الطي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض في معنى الصيد صيد لأنه أصله) ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه (قوله وصاحب الأرض لم يعده أرضه لذلك) أشار إلى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما إذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو لا أخذ

(قوله وعن الثاني أن الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع إلى تغيير الدليل والله أعلم

وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع مائثر من السكر والدرهم في ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه لانه عتق من أنزله فملكه تبعلا لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع في أرضه بحريان الماء والله أعلم

﴿ كتاب الصرف ﴾

صيد فهو لمن أخذه لصاحب الشبكة لانه لم يعتقها الا الآن لاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الدكة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر أو الدرهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية تأتية عن ظرف الزمان أي لا اخذ في زمان عدم كفه الثوب وقوله أو كان مستعدا له أي للثأر بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه أو كان مستعدا فهو له أما اذا غسل النخل في أرضه فهو لصاحب الارض لانه عتق من أنزله أي من زيادات الارض أي ما نبت فيها فملكه تبعلا لأرض كالشجر النابت فيها والتراب الطين المجتمع فيها بحريان الماء عاها والآن لا جمع نزل وهو الزيادة (١) وذ كرضه لانه وهو عائد على الارض وهي مؤنثة على تأويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلا مزنه ودقت ودقها * ولا أرض اقبل ابقاها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة للسمنك فدخل الماء والسمنك ملكه ولو اتخذت غيره فن أخذ السمنك فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له أو اغرض آخر فهو للاخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء لاخذ ولو باض صيد في أرض رجل أو تكسرها فيها فجاء رجل لياخذ فقتله صاحب الارض فان كان في موضع بقدر صاحب الارض على أخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كانه أخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

﴿ كتاب الصرف ﴾

لما كان قبوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجودا وأيضالما كان عقدا على الاثمان والثن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للقاصد الاصلية أعني المبيعات ومفهومه لغة وشرا عايد كره المصنف وشرطه التقابض للبديلين قبل الاقتراق وان اختلف الجنس وله - هذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرايين منهم وذلك بخلاف القبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعمين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جازا لانه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مناهلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار به - هذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا صاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلي ولو أسقطا في المجلس خيار الشرط والاجل عاذا الصرف صح ما خلا للزفر وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فأنما هو حكمه والجواب أن المختار انه ليس بالشرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول البعض القائلين انه شرط الجواز وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفي إيجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا أو متقدما شرعا وان كان متأخرا صورة ولا يخفى في أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر وأما مفهومه من عرفا ببيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وهذا قول

(وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع مائثر من السكر والدرهم في ثيابه ما لم يكفه) أي يضمه الى نفسه (أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه) فان غسل لصاحبها (لانه عد من أنزله) أي من انزال الارض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان غسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعا لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بحريان الماء) بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الصرف ﴾

(١) قول الفتح وذ كرضه لانه الخ هكذا في الاصل واعمل في العبارة تحريفا والصواب وذ كرضه أنزله وهو عائد الخ كتبه محمده

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم وسمى هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما (للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرذغة وإمالته لا يطلب به الا الزيادة) يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصباغة اذا النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها بما يقابلها من المطعوم والملبوس والركوب فلو لم يطلب به (٣٦٨) الزيادة والعين حاصله في يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا وقد

دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أي من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم من انتهى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه أداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

كتاب الصرف

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم) أقول الذي يهيمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضا فكتفي به (قوله ما كان

قال) (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرذغة أولانه لا يطلب منه الا الزيادة اذا لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

القدروى (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) وانما قال من جنس الاثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق عناصر يحاكيها هذا يعني في العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمي اصطلاحا به لان مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل من البدلين عن مال كماله الى الآخر بالفعل شرط جوازها فكان في المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أي معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصد به الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحار والمراد أن قصده كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاختلاف العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم لم من انتهى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الفرض الذي هو حق مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلا فقبل عليه قد فسر الزمخشري بغير هذا قال في الفائق في ذكره صلى الله عليه وسلم لم الامر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل القدية من المعادلة والقدا يعادل نفسه والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجهرة عن بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفي الغربيين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكره المصنف ولا اعتراض مع أنه الانسب واعلم أن الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أو لا وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامتثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجهه مبيع من وجهه وهو المكيل والموزون فانها اذا عينت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم صحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة ديناء عند المقابلة قال الفقهاء في قوله تعالى وشروطه ثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة ديناء عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد الا ديناء خلافا للائمة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلك الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تنقسم المال باعتباره في نفسه وينقسم باعتبار الاصل - طلاح على الثمنية وهو في الاصل سلعة فان كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدية فهي سلعة كالفلس

فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول الاظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته) (قوله قوله وأحل الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس مشروع فان قيل ما ذكره مشروع بأصله قلنا فليكن ما نحن فيه كذلك أيضا وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الاجال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشرط الاول لا يغني عن الثالث اذا المراد بشرط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا فاذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل

قال (فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل) وان اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد والفضل بالحديث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق)

(قوله فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل) يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجودة والصياغة) فيدخل الناء بالناء فلو باعاهما مجازفة ولم يعلما كيمهما وكانا في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في المجلس فظهر امتساو بين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز ولو وزنا بعد الافتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافاً لفره هو يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشترط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلوم ثم عا ومالم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كنبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز أنا وزناً في المجلس فظهر متساوياً أيضاً لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ إلا أن لان ساعاته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الخطئة بالخطئة وزناً معلوماً فلعدم العلم بالمساواة كيلاً إذا لمساواة وزناً لا تستلزمه بالنسبة إلى الكيل والمعتبر فيما كان مكياً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا إذا اقتسم مكياً موازنة لا يجوز لأن القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدراً أي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عامله متعلقاً بالمحرور أي الذهب يباع بالذهب مثلاً بمثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبعوا الذهب بالذهب الا بمثل ظاهر في أنه مفرغ الحال وبقيت الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبعوا الورق بالورق الا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبعوا منها غائباً بناجز والشف بالكسر من الاضداد يقال للقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتضح في معنى النقص والافعال ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزناً بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسيراً لمثل بمثل فان المثلية أعم ففسرها بانهم امن حيث المقدار وتقدم حديث جيدها ورديتها سواء أيضاً وتخريجاً وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد بن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآباء كسر واني قد أحكت صياغته فبعثني به لآبيعه فأعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا هذا يدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع آناء فضة أو ذهباً بآناء فضة أو ذهباً أو أحدهما أثقل من الآخر لا يجوز بخلاف آناء من غيرهما نحاس أو شبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوبية أيضاً وذلك لان صفة الوزن في التقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عدداً ولو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) باجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخليط يد باليد وذكراً آنفاً أن المختار أن هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فإذا افتراق بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وترة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفاً

قال (فان باع فضة بفضة الخ) فان باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا حدث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الاصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآباء كسر واني قد أحكت صياغته فبعثني به لآبيعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو

(ماروينا من قوله يدايه يدوقول عمر رضى الله عنه وان استنظر ك أن يدخل بينه فلا تنتظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالعقول وهو (انه لا بد من قبض أحدهما الآخر اجمالا للعقد عن الكائي بالكائي وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقيق الربا) (قوله في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد (قوله ولان أحدهما) دليل آخر وتقريره ان أحد العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينا كالصوغ أو لا يتعينا كالضروب أو يتعينا أحدهما دون الآخر لاطلاق ماروينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره (قوله ولانه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال ببيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كائي بكائي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعيينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه غنا خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا فان قيل فعلى هذا التقرير (٣٧٠) يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسبة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب

بالمضروب نسبة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسبة شبهة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلقا غنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسبة بقوله يدايه يد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى الغلة فتشكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة (والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغشى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنهما

قال المصنف (تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا)

لماروينا ولقول عمر رضى الله عنه وان استنظر ك أن يدخل بينه فلا تنتظره ولانه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكائي بالكائي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولان أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينا كالصوغ أو لا يتعينا كالضروب أو يتعينا أحدهما وما ولا يتعين الآخر لاطلاق ماروينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه غنا خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس عشيان في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغشى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنهما عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفتد على القول الاصح وقوله (لماروينا) يعني قوله يدايه يد وكذا ماروينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبعوا الورق بالذهب أحدهما آخره واه مالك في الموطأ عنه قال لا تبعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والاخر ناجز وان استنظر ك أن يلج بينه فلا تنتظره لا يدايه يد هات هات اني أخشى عليكم الربا وفي رواية قال الربا بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بينه ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف وحده انه أن لا تقدم مزية على النسبة فيتحقق الفضل في أحد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعل معانيسية قال لا بد شرعا من قبض أحد العوضين كي لا يلزم الكائي بالكائي أي الدين بالدين فالويلم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهم مستويان في معنى الثمنية فاذا وجب قبض أحدهما فكذا الاخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب يخص الثمين المحضين الذين لا يتعينا والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان أحدهما ما يتعين بالتعيين كالصوغ فأجاب بأن ذلك لاطلاق ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعمل الاطلاق المذكور بان المتعين أيضا كالصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق غنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة الشبهة بالثابت شبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهم الومشيا كل في

أقول سيجي بيان لزوم الربا من الشيخ أكل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه جهة (قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني والاطهر ان يكون معطوفا على قوله تحقيقا للمساواة بحسب المعنى (قوله فان قيل الى قوله بالمصوغ نسبة الخ) أقول المراد بقوله نسبة ان تمام القبض لا التاجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق (قوله فاذا بيع مضروب بمصوغ نسبة) أقول أي بلا قبض (قوله كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسبة ونعم تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة الى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في عدم اشتراط القبض في سائر الاموال الربوية فراجع (قوله أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسبة الخ) أقول أي بدون القبض (قوله بقوله يدايه يد) أقول اذ معناه عينان على ما سلف في باب الربا والتعيين في المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بين فثبت اشتراط القبض فيه بالنص بخلاف المصوغ فان تعيينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبيع متعين في نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر الى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جامع من هذه الشبهة فليتنامل

وان وثب من سطح قنب معه) وقصته ماروى عن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنهم ما فقلت انا تقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح قنب معه وفيه دليل على ان المفتى اذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن بين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيها بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الايدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار الخيرة) يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشى الخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل (٣٧١) خيارها لانه يبطل بالاعراض

(وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء) على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم افروا كتابيه (قوله فان افتراقا في الصرف) متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين بمعنى لبقاء العقد فان افتراقا قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما أوجب به بأن شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الآن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض

وان وثب من سطح قنب معه وكذا المعتبر بما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار الخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق وبالاهاء وهاء (فان افتراقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض

جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح قنب بفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافق الاخر فيه وهذا لان بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر ما نعا الا اذا لم يثبت معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط فقال وعن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا تقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب عن سطح قنب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتى اذا أجاب لا بأس أن بين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبسال بيع التمر ببيع آخر ثم اشتربه انما المحذور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال (وكذا المعتبر في قبض رأس مال السلم) يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار الخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا امتدت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كانت فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دال على فإلزم فيه المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغنى عليهما أو طال فعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللاخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعثك الدراهم التي لي عليك بالدينار التي لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهم امتزجوا وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن بيد الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء والبر بالبر بالاهاء وهاء والشعير بالشعير بالاهاء وهاء والتمر بالتمر

يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالوجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمهّل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء

(قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالايدي فتأمل تدبر ثم قوله بالايدي على معنى دون المكان (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أوجب به بأن شرط الجواز) أقول قوله وما أوجب مبتدأ وخبره يحى بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمهّل (قوله فعلقنا الجواز) أقول في التفرع تأمل لجواز أن يشترط القبض بالتراخي قبل العقد وأما لو قال لما فيه من ايجاب اثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراض لا تدفع ذلك

(ولهذا) أى ولان الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار فى الصرف ولا الاجل) بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أنى بالخيار ثلاثة أيام أو قال الى شهر (لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا) لمنعه المالك (وبالاجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العبارتين أن فى الخيارية آخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن فى الحال مستحقا وفى الاجل ذكر فى العقد ما ينافى القبض وذكر من فى الشئ ثم فوت له كذا قيل وكأنه راجع الى أن فى الاول (٣٧٣) استحقاق القبض فائت وفى الثانى القبض المستحق شرعا فائت (قوله الا اذا أسقط فى المجلس)

ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالنسبة لفوت القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقررره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها

ربا الا هاء وهاء قبل ومعنى قوله ربا أي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا ضمن الزيادة من الاموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بمحصر الحل فيها فبنتي الحل في كل حالة غير هاء فدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوت الشرط المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا أسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقد مناقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بآلف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الآلف فيصير صرفا فيه وتسمائة للجارية ببيعافاته لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسمائة صحيح ولو فسد بالاجل فسد فيه ما عنده خلا فالهما وفرق بأن في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ الفساد فيخص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد أولا على الفساد فشاغ وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صرح في المشهور وليس في الدراهم والدينار خيار رؤيته لان العقد لا ينفسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعيينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق بقاء واستوقا فحكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كراس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل أن لا يجوز التصرف في أحد بدل الصرف قبل قبضه بهيمة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البديل أو تصدق به عليه أو أبرأ منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها بسبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد وفرع عليه (مالو باع دينارا بعشرة) مثلا (ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض) في العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه وأورد عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارض فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فبرفع أحدهما فضلا وقد

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف مبيع ولا بد فيه من مبيع ومائة سوى الثمن وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجهه ثمانين وجهه وان كانا ثنتين خلقته وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمانين وجهه مبيعا من وجهه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قبل انسلم عدم الاولوية فان مادخله الباء أولى بالثمنية وأجيب بأن ذلك في الاثمان الجملة كالكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينارا في الذمة لافي الاثمان الخلقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب أن

(٣٧٣)

يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بتعين وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينار بدرهم وليس في ملكه ما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح وأجيب بأن الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر ثمن بعد العقد لضرورة العقد فيجعل متنا بعدة ثمن قبله فلا يشترط وجوده قبله قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) اذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاهنا وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في المسلم فيه قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا

نقل عن فخر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين فاضافة الى قد ادى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها او هذا على احدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات فأما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال بفوته فكان شرط ابقاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسد اذ اتمتع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكرنا في عدم تعين النقد في البيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببديل الصرف ليس الاتعين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز بطل ما ذكرنا في عدم تعين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لاجرم أن المصنف انما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لا استدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمانون وجهه له بدل الثوب وثمانون وجهه له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف غنا فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بأن البيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسوية بدل الصرف تقدير الثمن سواء سميت مبيعا أو غنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لم تسلمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطائه ثمن يملكه البائع ولما لم يمكن عليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطائه غيره وهكذا نقل القدوري عنه أعني أن البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في نعمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتنظير النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حيثئذ غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قررنا بأن يدفع مثله بدل الصرف لان نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالخنة بالشعر لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه) أي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك (لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاهنا

موهوم والموهوم في هذا الباب كالتحقق والني صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما أراد المماثلة في علم العاقدين ولم توجد وان لم توجد فان كانا وزنا في المجلس وعلمنا في المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة

قال المصنف (ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة بتقدير ضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعا فيما اذا جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجي في بيع الدراهم الغالبة الغش عنلها متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس (قوله اذا كانت دينارا) أقول وقابلها مبيع

وقال زفر رحمه الله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس أو بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ) الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا عما يقابلها من الثمن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بالثمن مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة (٣٧٤) بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريرا للذمة

كما اذا ترك سجدة صلاتية وسهبا أيضا ثم أتى بسجدة في السهو وسلم تصرف أحدي سجدة في السهو إلى الصلابة وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالثمن مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق لأن الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتاً عنه ما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما ينشأ أن الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما ما فكذلك لأن الاثنين قد براد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام

قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بالثمن مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة) لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بالثمن مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق) لأن الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما ينشأ وكذلك ان قال خذ هذه الخمين من ثمنهما) لأن الاثنين قد براد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقابض حتى افترقا

لكن العادة في مثله أن يقول لما روينا ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فغير بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بالثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف المنقود إلى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ هذه من ثمنهما صرف أيضاً إلى الطوق وصرح البيع فيهما تحريماً للجواز بتحكيم ظاهر حالهما إذا الظاهر قصدتهما إلى الوجه المصحح لأن العقد لا يفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة فكان هذا الاعتبار علة بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه ألف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذ هذه من ثمنهما عارضه أيضاً قلنا لا نسلم لأن الثمن قد استعمل في الواحد أيضاً (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح وبما معشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيأحوتهما وانما نسيأه فتي موسى (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة (مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذا نأوا قميأوا وانما أراد أن يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أجيب دعوتكما والمراد دعوة موسى لأنه قد قبل ان هرون كان يؤمن على دعائه فإذا صح الاستعمال وكثر وجب العمل عليه لما قلنا وذكروا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضاً على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الاقراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمته مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الأصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفاً محلي بمائة وحليته خسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولولم يتقابض في صورتين حتى افترقا

بطل

فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أولاً وتفرقا على ذلك انتقض

البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد نصريح من القول قوله ان المدفوع عن السيف فان لم يتقابض شيأ حتى افترقا

(قوله اذا عرف التساوي بالوزن الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلاً فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره في مسألة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتامر في جوابه (قوله وان قال عن ثمن السيف إلى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وأما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه يمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة) يعني الثمن (أزيد مما فيه) أي المبيع نعيم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهي أربعة الاول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد يقابل الغير فلا يفضى الى الربا والثاني أن يكون وزن المفردة مثل المنظمة وهو غير جائز لانه ربا لان الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير (٣٧٥) جنسها والثالث أن تكون المفردة

أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لغيره فان الأصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فان لم يعلم به حكم بجوازه والجواب أن ما لا يدري يجوز في الواقع أن يكون مثلا وان يكون أقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والافسد فتعددت جهة الفساد فترجحت واعترض بأن كل جهة منها ماعلة للفساد فلا تصلح للترجيح وأجاب شمس الأئمة الكردي رحمه الله بأن مراده أنه اذا كان أحدهما يكتفي للحكم فإظنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناة فضة ثم افترقا الخ) ومن باع اناة فضة بفضة بغير ثمن دون بعض وافترقا

بطل العقد في الحلية) لانه صرف فيها) وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر (لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف) وان كان يتخلص بغير ضرر جاز بالبيع في السيف وبطل في الحلية) لانه يمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع مع الربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجهه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناة فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاعرده) لان الشركة عيب في الاناء

بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيها أو يصح في الجارية وأما السيف فان كانت الحلية لم يتخلص منه الا بضر ففيه فساد في السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضر ففيه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه يمكن افراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين مفيد عما اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الاخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما اذا لم يدرك الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد متعددة فانها من وجهين وهو تجوز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح عما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بأن المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتماعا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع اناة فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض (ولا يشيع) (الفساد) في الكل لانه (طارئ) بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة في الكل (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلها وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاعرده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة

بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بقي صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفة وذلك فاسد لان تفريق الصفة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاعرد لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذا الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لا تنقاصها بالتبعض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض

قال (وان باع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مضافة لقطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جازا البيع الخ) رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جازا البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمه الله (٣٧٦) لا يجوز وعلى هذا اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة

والاصل أن الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصدقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة بصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحح العقد بخلافهما قالان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا أي سوارا بعشرة وثوب باع عشرة ثم باعهما مائة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البائع بألف وخمسة مائة لا يجوز في المشتري بألف وان أمكن تصحيحه لصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبده غيره فقال بعثك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهمين ودينارا بدرهم

(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعض قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جازا البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة ولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوب باع عشرة ثم باعهما مائة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البائع بألف وخمسة مائة لا يجوز في المشتري بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهمين ودينارا بدرهم وثوب واقترا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا

نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لا مكان أن يقطع حصته منها (قوله ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جازا البيع وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف العاقد (لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء بخلاف جنسه وجزاء جنسه أكثر اذا جازا دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة لذرة أخرى وأخرى ولانه حيث ذبقت الانقسام بآني تأمل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجزا بدينارين وفسر ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولو لا أن الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا وتغير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على أن من اشترى قلبا ووزنه عشرة وعشرة وثوب باع عشرة ثم باعهما مائة صفقة واحدة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وحده لخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسة مائة لا يجوز في المشتري بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهمين ودينارا بدرهم وثوب واقترا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام اجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف

وثوب بدرهم وثوب واقترا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الاما لا يجوز ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول لا يطابق المشروح (قوله لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الخ) أقول ذلك في الثالث غير ظاهر اذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتنا مل

ولأن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائزا لارادة فينبغي أن يكون مراداً ما أنه جائز لارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كرحنطه بكره ففسد لان الكره قابل الكره وفضل الآخر وأما وجوب أن يكون مراداً فلانه طريق متعين لتصحيح العقد قد فيجب سلوكه ولو لم يمنع تعيينه لذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهم - مبيع بمقابلة درهم والآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر قلنا هذا غلط لاننا ما أردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على أي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييراً متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع (٣٧٧) لان موجب الاصل وهو ثبوت

الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقية ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها أما الاولى أعني مسألة المراجعة فيقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخفى لو من أن يكون مراده أنه تغيير في الاصل أو غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثنى ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز أن يقال ان ذلك في المساومة أما اذا صرحا بذكر المراجعة فالتغيير الى التولية في أصل

ولأن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وأنه طريق متعين لتصحيحه فيجوز عليه تصحيح التصرف وفيه تغيير وصفه لأصله لانه يبقى موجب الاصل وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف ما عدا من المسائل أما مسألة المراجعة فلا نه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحتمل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد تصحيحاً والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمتمدعة في التعليق اننا تعبدنا بالممانلة تحقيقاً وهنالك تحقق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق الممانلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم - على الاطلاق فان قلت الثاني ممنوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخط - لافية انتهى ببعض تغيير وحاص - له أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قبل معين معين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عيناً لكن الاصحاب اقتحموه بناء على أصلي اجماعي وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاوز وترك حقيقة ته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتناظر بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظروا الى أن المقابلة على وجه الشيوع ان لم تقتض حقيقة الربا - بلزمت شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه - أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطابق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره بأنه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينارين بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينارين بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائعاً لأصله لانه يبقى موجب وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما انفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها عدم الامكان والتعيين أما مسألة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذا يصير تولية في القلب واعتراض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسألة الطوق

(٤٨ - فتح القدير خامس) العقد لا في وصفه وأما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف للمشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شرائع ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلا نه أضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحتمل للبيع والمعين ضده والشي لا يتناول ضده وأما في الاخيرة فان العقد قد انعقد تصحيحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح

(قوله فلان كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع اللغوي فلا يردانه يؤل الى مقابلة المنع بالمنع

والجارية أن يحمل قوله بعتم ما بعشرين مائة فيم مائة عشرة أن يحمل فيهما على أحدهما يعني الثوب كما حل قوله خذ هذه الألف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصير مائة لا يضر إذ يصدق أن العقد مائة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو ما إذا باع عبد اشتراه بألف من اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف الخمسمائة إلى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه من اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لأنه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير بائعا للمشتري ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بأن طريق الصحة أيضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو أن يعتبر بمقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينارين بمقابلة الدينارين والدينار الآخر بمقابلة الدرهم أجيب بأن التغيير بما أمكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون إلا بما قلنا فكان ما قلناه متعينا بخلاف ما فرض فإن فيه ثلاث تغييرات وأيضاً فإن الذي ادعناه طريق قيامه متعينا هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن أن أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينارين في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس وإلى هذا يرجع قول صاحب الكافي في الجواب التام عدد انما يمنع الجواز إذا لم يكن لاحد الوجهين ترجيح بل تساوت لأنه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح فتتأنيع الوجه فيمتنع أما إذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لأن العقد ورد على اسم الدرهم والدرهم من فلا يغير عنه ونحن أسلفنا لنا في أصل هذا الأصل نظر استند إلى جواز ثبوت الشيء بعامل مستقلة اجتمعت دفعة وأما في المسئلة الثالثة وهي ما إذا جاع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما فلا يلزم البيع أصيب إلى المنكر وهو ليس بعمل للبيع لجهالة ولا للمعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشيء لأن المعرفة مما صدقات النكرة فإن زيداً يصدق عليه رجل ولا شك أنه يحتمل فيجب حمله عليه وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدى أو جارى حر أنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قبل أن تصحح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضاف إلى المعين وأعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة أن لفظه جواب فذلك والألف لا يضره النقض في إثبات المطلوب إذ غايته أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع وأما في المسئلة الأخيرة وهي ما إذا باع درهم ما وثبوا بدرهم وثوب واقتربا لاقبض فليس مما نحن فيه فإن العقد انعقد صححوا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بفساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ فإن قيل فليس صرف الجنس إلى خلاف جنسه ليعنى صححاً كما يصرف لبنه قد صححوا والمقتضى واحد فيهم ما هو والاحتياط للصحة قلنا الفساد هناك ليس طريقه متحققاً ولا مظنوناً ليجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يتوهم لأن الظاهر أنه ما يتقاضان بعد ما عقد قبل الافتراق فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولاً وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فأما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الأصل وانما قلنا إذا كان تصحيح العقد يخص بل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة ألا ترى إلى ما في الإيضاح قال الأصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق وجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فإن كان العقد عمالاً ربا فيه فإن كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة وأما فيما فيه الربا فأما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فإن الخمسة بالخمسة والخمسة بالآخرى باع الدينار وكذا

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ) المسئلة المتقدمة كان البدل ان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه أحدهما وهي صحيحة كالاول وتكون العشرة بعثلهما والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روي بنام الحديث المشهور وهو موجود ظاهر اذا نظر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة جلا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال (ولو تباعافضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما (٣٧٩) أن يكون مما له قيمة أولا والاو اما أن

تبلغ قيمته الفضة أولا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كدوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب أو جوزة أو بيضة والكراهة اما لانه احتيال اسقوط الربا فيصير كبيع العينة في أخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يرضى الى أن يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرتم ولم تذكر فيها الكراهة أجيب بأنه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار مقابل الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وحيث لا كراهة بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال اسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حاله ما ارادة

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا لبيع وتكون العشرة بعثلهما والدينار بدرهم) لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهو ما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما (ولو تباعافضة بفضة أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جازا لبيع من غير كراهية وان لم تبلغ فع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق الربا بالزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتفاضل العشرة بالعشرة فهو جائز)

لوقابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا لبيع) وتكون العشرة بعثلهما والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهو ما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف فرعاين فيهما أن بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال (ولو تباعافضة بفضة أو ذهباً بذهب) يعني وأحدهما أقل من الآخر الا أن مع الأقل شيء آخر كفلس أو غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البذل الا آخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يضع معه كف من زبيب أو فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم ترو الكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا كره في المحيط أيضا وقيل انما كرهه لانهم بائنا الحيلة اسقوط الربا كبيع العينة فانه مكروه لهذا وأوردوا كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكروهة وانما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد ديناراً مقابل الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحيث لا كراهة ولا يخفى أن العقد واحد وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرفين الآخر والذي يقتضيه النظر أن يكون مكروها اذا لفرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا بقوله وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق كلام المصنف من غير تردد خلاف وأما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال (فرع) اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة وهذا لو اشترى تراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشترى تراب ذهب أو ذهب جازل عدم لزوم العلم بالمائنة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لشيء في التراب لا يجوز وكل ما جاز فاشترى التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم يره (قوله ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة وفض الدينار) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز

المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفتة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون سابقاً ومقارناً أو لاحقاً فان كان سابقاً وقد أضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه

(قوله وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة) أقول فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول ان اعتبر ما أضيف اليه العقد فلا أقسام اثنان سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة

لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احتراز عن الكالئ بالكالئ وبشترط قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك لان قبض أحد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلم يقبض الا آخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التأدي فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبذله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان أطلق العقد ولم يضاف الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما أن يتقابضا أولا فان كان الثاني لم تقع المقاصة مالم يتقاسما بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدل ببديل الصرف وهو لا يجوز كالأخذ ببديل الصرف عرضا ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد عن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين الدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا أقدمنا على المقاصة بتراضيهما لا بدعة من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة منضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدال الابدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ تابعا بالاقضاء ولهما ذلك لان اهمما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وفيه بحث من أوجه الاول ان عدم المجانسة بين الدين والعين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضى (٣٨٠) قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم

الاقالة لان اقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما أشار اليه المصنف رحمه الله بقوله (وفي الاضافة الى الدين) يعني المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه) وعن الثاني بأن المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لانهما لمّا أبطلا عقد الصرف صار كأنهما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بأن الاقالة ضمنية ثبتت في

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد عن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقاسما يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدال الابدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وزفر بخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقضاء

اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين أحد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لا بدع الا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يحقق منه التعيين في البديل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضاف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المدينون بالعشرة دينارا بعشرة وهي مسئلة

ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت لئلا هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له الكتاب وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني أكرى ابلا بالبيع الى مكة بالدرهم فأخذهما كانا نذرا أو قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك اذا افرقتما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انها كانا يضيفان العقد الى الدين الاول أو الى مطلقة فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر

(قوله ويشترط قبض الآخر احتراز عن الربا وذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بأن أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينار في ذمة المشتري مقارنا للعقد فان الفرض انه لم ينقد بديل تقاسما (قوله مالم يتقاسما) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام لا يدا بيد) أقول الاولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام هاهنا هاهنا لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الآن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أذهب اليس بتغيير وصف قال المصنف (وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان اختلف في الثاني في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن لا يبدل العقد كما يجب في كتاب الوكالة فيمكن الاطلاق والتقييد سواء فليتأمل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتقاني اشارة الى قوله فكفى ذلك الجواز انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وترك التفصيل في موضع يحتاج اليه يكتفى لهجة الاستدلال

وان كان لاحقا بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا فقيه روايتان في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها غير الاسلام وقال المصنف في أصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الأئمة وقاضيان لاتع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق بحدث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الأصح ان قصد هما المقاصة يتضمن الانفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع (٣٨١) كما ترى الا اذا أضيف أن القياس يقتضي أن لاتقع المقاصة

بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة الا انه استحسنت ذلك بالآثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيده منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا أضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذلك باللاحق بعد نسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلاف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونها موجبة عقد واحد فاذا أضيف الى الدين السابق تجانسا واذا أضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة الخ) الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فردها بيت المال لازيافتها بل لا يكون اقطاعا يأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفي ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرد بيت المال ويأخذ التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيه ما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا يبيع بعضها ببعض الامتساو باي الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الامع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه الكتاب ثم نقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض والاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار نسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيد في العقد بها والالم يكن قضاؤها أم لا اذا لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتقر به أنهم لما غير موجب العقد فقد قضاه الى عقد آخر اقتضاء ولما لم يقل زفر بالاقضاء ولذا لم يقل في اعتق عبدك عني بألف أنه يقع عن الامر اذا اعتقه المالك لم ينسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الافتراق والمسئلة بحالها بان عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشري الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها في رواية لا يصح والأصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقر من بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرد بيت المال) لا لزيافة بل لانهم ادرهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وغن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا العالي وانما جازل للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير اما أن يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل قلما تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه)

صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المفتضى وانتفاء المانع أما الاول فلم يدور عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلا أن المانع ان تصورهما في الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلفه أو عادة فالاول كما في الردي هو الثاني ما يخلط للانطباع فانها بدوينة تنفت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لأر المغلوب في مقابلة الغالب كالا تهاك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا يبيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الامتساو باي الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أي وجهه الأصح

(وان كان الغالب عليهم ما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري فالبيع فاسد وان كانت أكثر صرح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف (وان بيعت بجنسهما متفاضلا جاز صرفا للجنس (٣٨٣) الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر) (قوله ولكنه صرف) جواب عما يقال

اذ صرف الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يبقى التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا واشتراط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه (لا بضرر) وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله (ومشايخنا) يريد به علماء ماوراء النهر (لم يفتوا بجواز ذلك) يعني التفاضل (في العدل الى والغطارفة) أي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خالهر بن الرشيد (لأنها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيه) أي لو أفتى باباحته (تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس) ثم اعتبر في المعاملات به المعتاد (فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض

فيلحق القليل بالزادعة والجيد والردى سواء) (وان كان الغالب عليهم ما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف (وان بيعت بجنسهما متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس) فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه (لا بضرر) قال رضى الله عنه ومشايخنا رحمه الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدل الى والغطارفة لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعدل فبالعدل وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرأفة مهذرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب الخافه بها واذا كانا كالتالسين فلا يجوز بيعهما بالتالين من الذهب والفضة الامتساوين في الوزن وكذا لا يجوز اسـتـقراضهما بالاوزن كما استقراض الذهب والفضة التالسين (وان كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضا اذا كان لا تخص الفضة (لا بضرر) وان كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثابة الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا لا يجوز بيعها بجنسهما متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس) أي يصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها في حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) قبل الافتراق وتجاوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين) واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه (لا بضرر) ولا يخفى أن هذا لا ينأى في كل دراهم غالبية الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تخلص من النحاس اذا أريد ذلك فأما اذا كانت بحيث لا تخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان في أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (مشايخنا) يعني مشايخ ماوراء النهر من بخاري وسمرقند (لم يفتوا بجواز ذلك) أي بيعها بجنسهما متفاضلا (في العدل الى والغطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيها ينفتح باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الاموال النفيسة فيتدرجون الى ذلك في التقود الخالصة فنع ذلك حسب المادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التي غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت اتمت تروج بالعدل فالبيع بها والاستقراض بها بالعدل) ليس غير (وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف في الربا (ومادامت تروج فهي أثمانا لا تتعين بالتعيين) ولو هلك قبل القبض لا يبطل العقد

فيها بالوزن وان كانت تروج بالعدل فبها بالعدل وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوفا عليها ثم هي مادامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين) فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله

(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول تحقيقه في النهاية ثم أقول وجه الاشارة لا يخلو عن خفاء ثم قوله الى ان الاستهلاك أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر

(وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين) كل رصاص والسوقه ويبطل العقد به لا كما قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلم أو لم يعلم أحدهما أو علموا ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار اليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفان علم البائع خاصة لا تهرضى بجنس الزئوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجهاد لعدم الرضا منه بالزئوف وإذا اشترى به سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة (٣٨٣) به يبطل العقد عند أبي حنيفة

وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زئوفان كان البائع يعلم بحالها لتحقيق الرضا منه وبجنسها من الجهاد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه (وإذا اشترى به سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة به يبطل البيع عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمته يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) إلهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وان لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أو انه وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه أو ان الانتقال الى القيمة ولا يوجب حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمن بالاصطلاح وما بقي

(وان كانت غير رائجة فهي سلعة تتعين بالتعيين) ويبطل العقد به لا كما قبل التسليم وهذا اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا المشار اليه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزئوف والنهرجة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرائجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونها به وان كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج فان استوت في الزواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين المصنف الجهاد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها انه (لو اشترى سلعة به فكسدت) أي قبل قبضها (يبطل البيع عند أبي حنيفة) فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان كان مستهلكا أو هالكا رجعت البائع عليه بقيمة ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم له هذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمته يوم البيع) قال في الذخيرة وعليه الفتوى (لانه مضمون به) أي بالبائع وهو نظير قوله في المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لانه أو ان الانتقال الى القيمة) وفي المحيط والتممة والحقائق به يفتى رفقاً بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الا أنه تعذر التسليم) أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشار (وانه) أي الكساد (لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب) شيئا (فانقطع) في (أو انه) بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقا ويجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثمانية فكذا هنا (ولا يوجب حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد) لان مالبة الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلفة (وما بقي) الاصطلاح بل انتفى فانتهت الثمنية

وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمته الكسب عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة به ولم يذكرا في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الزواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصيرها كالماضي ويبقى البيع بلائن وأما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثله النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك دنائير قالوا وماذا كرفي العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي أن يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين

عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بهض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكسب فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي (الا أنه تعذر التسليم بالكساد) وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع وإذا بقي العقد وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبائع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولا يوجب حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت نمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة به يبطل وإذا بطل الثمنية

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليستأمل

بقي بيا بلائع (وهو باطل) لا يقال العقد تناول عيها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لاننا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدرهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية لم يملك المبيع قبل القبض أو يتخمر العيب فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب أن الرطب مرجو الحصول (٣٨٤) في العام الثاني غالباً لم يكن حاله كامناً كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى أن يحصل أما

الكساد في الدرهم المغشوشة التي غلب عليها غشها فلهلاك الثمنية على وجه لا يرجي الوصول الى غنيتها في ثانی الحال لان الكساد أصلي والشيء اذا رجع الى أصله قبلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً وان كان مقبوضاً فان كان قائماً وجب رده بعينه وان كان هالكا أو مستهلكاً فان كان مثلياً وجب رد مثله وان كان قيميّاً وجب رد قيمته كافي البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد وأما اذا غلبت بأزيد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله وبطالنه بالدرهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال (ويجوز البيع بالفلوس الخ) البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم أي معلوم قدره

فبقي بيا بلائع فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائماً وقيمتها ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها أثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها

(فبقي بيا بلائع) بخلاف النقدين فان ماليتهم ما بالخلقة لا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتصير مبيعة اذا انتفت غنيتها لاننا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز لافي السلم واعتراض في بعض الحواشي بأن انتفاء غنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا أن الجيب نظر الى أن صورة المسئلة أنه باع بدرهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أحضر الدرهم وأشار اليها بعينها بل باع بم على غلط ما يباع بالائتمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثماناً وانما كسدت بعده قبل القبض فلم ينتبه هذا المعتبر لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلائع ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أي حنيقة لانها لم تهلك ليصير البيع بلائع ولكن تعينت فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنائراً قالوا وماذا كرفي العيون على قول محمد وأما على قولهم فلا وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلاد التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلوسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعده محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس السافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلزم رد كسده ولم تنقطع ولكن نقصت قيمته قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلبت قيمتها وزادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري وبطلان النقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن الرطب أن الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجح فيها بل الظاهر عدم العود لان الأصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى أصله قبلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلالة باع متاع الغير بغير اذنه بدرهم معلومة واستوفها فالكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لانها نوع من أنواع المال (فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين) بل لو عينت لاتعين وللعاقد أن يدفع غير ما عين (لانها) حينئذ (أثمان) كالدرهم حتى لو هلك قبل القبض لا يفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلانها بفسخ يجوز على ما سلف في باب الربا ولو باع فلانها بغير عينه بغير ما عينه لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعها لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين

ووصفه وانما قال كذلك إشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة اليه ثم انما أن تكون نافقة أو كاسدة (واذا) حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تتعين لانها أثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم يفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع

(قوله لاننا نقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العيب وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الاول دون الثاني مع ان كليهما مرجو الوصول الى العام الثاني

واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أي حنيفة بطل البيع خلافا لما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة وذكرنا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قبل فيه (٣٨٥) اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت

قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البديل كما لو أبقى العبد وكالوا سلم في الرطب فانقطع أو انه وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر رحمه الله ينفعه لان دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يقضى الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم أظفر بذلك قال رحمه الله (ولو استقرض فلوسا فكسدت) اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أي حنيفة رحمه الله (لانه) أي استقرض المثل (اعارة) كما ان اعارته قرض (وموجب استقرض المثل)

قال المصنف (لانه اعارة) أقول الظاهر أن يقال لانه استعارة (قوله لانه أي استقرض المثل) أقول والاولى عندى ارجاع

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أي حنيفة رحمه الله خلافا لما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أي حنيفة خلافا لما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (أي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم يجب قيمته يوم البيع عند أبي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله استدلل بما تقدم من انقطاع الرطب المشتري به وابق العبد المبيع قبل التسليم وتخمين العصور المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيه أو أوجب بما تقدم في الرطب وأما العبد فاليته لم يبطل بالابق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الا أن الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل غن بالاصطلاح فان غالبية الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلزم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به وفي شرح الطحاوي لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهم ما افترقا عن عين يدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه يتطرق ان كان الفلوس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلا كهلا وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلا كهلا وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كسادها كعيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع ان كان قائما أو القيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا أن أبا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهي ما اذا باع الفلوس بدرهم لان هناك لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذا لم تسكد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذي عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أي حنيفة رحمه الله يرد مثلها) عددا اتفقت الروايات عنه بذلك وأما اذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن لرواية في الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدرهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها وجه قوله (انه) أي القرض (اعارة وموجبه) أي موجب

(٤٩ - فتح القدير خامس) الضمير الى الاستقرض مطلقا فانه اعارة على ما سبق قبيل باب الربا أو الى استقرض الفلوس (قوله اعارة كما ان اعارته قرض) أقول قوله اعارة يعني ابتداء كما سيجي تفصيل هذا البحث في العارية (قوله وموجب استقرض المثل الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول تقريره لان الاستقرض اعارة لا يمكن الانتفاع به الا باهلاك عينه وكل اعارة كذلك موجب ارداد العين معنى فهذا كذا الا أنه لم يصرح بهذا القيد في الصغرى اعتمادا على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط

رد عينه معنى) وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة
فوجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل معنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بنفسه نسبية وهو لا يجوز فان قيل
كيف يكون المثل معنى العين وقد فات وصف الثنية وانما كان معنى العين أن لورد مثله حال كونه نافعا أجاب المصنف رحمه الله (بأن
الثنية فضل فيه) أى فى القرض اذا القرض لا يختص به أى معنى الثنية ومعناه ان الثنية ليست عن القرض وهو ظاهر ولا لازما من
لوازمه فجاز أن ينفلق القرض عن الثنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل
مكيل وموزون أو عددي متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثنية
وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقة ان المثل المجرد عن الثنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكنا (وعندهما يجب قيمتها لانه
لما بطل وصف الثنية تعذر ردها (٣٨٦) كما قبض) وليس المثل المجرد عنها فى معناها (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا

رد العين معنى والثنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل
وصف الثنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف
رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب
مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين وقول أبي يوسف أبسر قال (ومن اشترى شيئا
بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدائق فلوس أو بقيراط
فلوس جاز

عقد الاجارة (رد العين) اذ لو كان اسبقا لاحقية موجبا لرد المثل استلزم الربا بالنسبة فكان موجبا
رد العين الآن ما تضمنه هذا العقد لما كان عليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتلك
العين فبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا يجبر المصنوب منه على قبول المثل اذا أتى به
الغاصب في غصب المثل بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد (والثنية
فضل في القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلي
وعددي متقارب ولا ثنية (ولهما انهما لما بطل وصف الثنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا
لان القرض وان لم يقتض وصف الثنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضا موصوفا
بها لان الاوصاف معتبرة في الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها بوصفها لغيرها تعرف
بذواتها وتاخير دليلها بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) في وقت
الضمان اختلافهما (فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد
يوم الفضاة) وقولهما انظر للقرض من قول أبي حنيفة لان في رد المثل اضرارا به ثم قول أبي يوسف أنظر له
أيضا من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للمستقرض
من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أبسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها
بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبي يوسف أبسر في ذلك (قوله ومن اشترى شيئا
بنصف درهم) فأكهة أو غيرها بأن قال مثلا بمانع سلعة اشترى بثمانك بنصف درهم فلوس فقال بعثك
(انعقد موجب الدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدائق من الفلوس) وهو

فانقطع اكن عند أبي
يوسف يوم القبض وعند
محمد يوم الكساد على ما مر
من قبل وأصل الاختلاف
يعنى بين أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله (فيمن غصب مثليا
فانقطع) فعند أبي يوسف
يجب القيمة يوم الغصب
وعند محمد رحمه الله يوم
الانقطاع وسيجب (وقول
محمد رحمه الله أنظر) للقرض
وللمستقرض لان على قول
أبي حنيفة رحمه الله يجب
رد المثل وهو كساد وفيه
ضرر بالمقرض وعلى قول
أبي يوسف يجب القيمة يوم
القبض ولا شك ان قيمة يوم
القبض أكثر من قيمة يوم
الانقطاع وهو — وضرر
بالمستقرض فكان قول
محمد أنظر للجانبين (وقول
أبي يوسف أبسر) لان قيمته
يوم القبض معلومة للقرض

سدس

والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبهه على الناس ويختلفون فيها فكان

قوله أبسر قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز) رجل قال اشترى هذا بنصف درهم فلوس يعنى ان ذلك النصف
من الدراهم فلوس لانقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدائق فلوس
وهو سدس الدرهم جاز أو بقيراط فلوس

قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكافي وفي بعض النسخ أنظر للجانبين اه والظاهر أن كونه أنظر للجانبين المقرض بالنسبة الى
قول أبي يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعنى وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شئ ويجوز أن يقال هو ضرر
على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر أى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله
بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقيراط فلوس) أقول وهو نصف السدس

وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودائق وقيراط منه موزونة وذ كرها لا يغني عن بيان العدد فبقى الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقتنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد رحمه الله بين مادون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المباينة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان (٣٨٧) معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم

قالوا والاصح قول أبي يوسف لاسيما في دينارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولا اشتراك العرف قال رحمه الله (ومن أعطى صير فيا درهم الخ) هذه ثلاث مسائل * الاولى أن يعطى درهما كبيرا ويقول أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفاً أي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبيرا الاجبة جازا البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الاجبة وهو باقلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهم ما صفة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله * والثانية ان تكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو

وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانما نصف درهم بالعدد لا بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدائق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المباينة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لاسيما في دينارنا قال (ومن أعطى صير فيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفاً الاجبة جازا البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاجبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفة متحدة والفساد قوي فيشيع وقدم نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء

سدس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدائق والدرهم ثم شرط ابقاءه من الفلوس وهو صفة في صفة فان المعنى انه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدائق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدائق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العقد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف ربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفة في صفة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز لان ما دون الدرهم لان المباينة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح لاسيما في دينارنا) أي المدين التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدرهم ولان المداير هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحها للعلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين مادون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما في غير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتاج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله ومن أعطى صير فيا درهم ما فقال أعطني بنصفه) أو ربه أو قيراط منه (فلوسا وبنصفه نصفاً الاجبة) وعلى وزنه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم الاجبة وفس الباقي (جازا البيع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر والثلاثة الأرباع وباقي الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف درهم) الاجبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفة متحدة والفساد قوي (مقارن للعقد فيشيع وقدم نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما ويشيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال

قال يعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير فان البيع في العبد صحيح وفي الحر فاسد ولم يشيع الفساد لانه فرقة الصفة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندي والفقهاء المتأخرين بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضا وان كرر لفظ الاعطاء

(قوله واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على مادون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه (قوله كما لو قال يعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير من الحر) أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير من الحر بنكرير لفظ يعني

لا اتحاد الصفة فان قوله
أعطني مساومة وتكرارها
لا يتكرر البيع وهذا لان
بذكر المساومة لا ينعقد
البيع فان من قال بعني
فقال بعثك لا ينعقد البيع
مالم يقل الا خراش - فثبت
واذا كان لا ينعقد بذكر
المساومة فكيف يتكرر
بتكرارها قيل والاول هو
الصحيح وهو اختيار المصنف
رحمه الله والثالثة ان يقول
أعطني نصف درهم فلوس
وفي بعض النسخ فلوسا بدلا
عن نصف ونصف الاحبة
جاز والفريق بينهما وبين
الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه
بل قابل الدرهم بما يباع من
الفلوس بنصف درهم
وبنصف درهم الاحبة
فيكون نصف درهم الاحبة
بمثله والباقي بازاء الفلوس
قال المصنف رحمه الله
(وفي أكثر نسخ المختصر ذكر
المسئلة الثانية) أراد قوله
أعطني نصف درهم فلوس
ونصفا الاحبة وهي
الثالثة فيما ذكرنا من ذلك
ان المسئلة الاولى ليست
بمذكورة في أكثر نسخ
المختصر قال أبو نصر الا قطع
في شرحه للمختصر وهو
غلط من النسخ والله سبحانه
وتعالى أعلم

كان جوابه بجواب ما هو الصحيح لانهما بيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصف الاحبة جاز) لانه
قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة
بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى
أعلم بالصواب

أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصف الاحبة (كان جوابه بجواب ما) في أن الفساد يخص النصف
الآخر (لانهما بيعان) لانه عدل الصفة وهذا هو المختار خلافا لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ
الاسلام والمظفر أنه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفة عند تعدد البيع وهو الايجاب
واقط أعطني مساومة واذا كان قوله بعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعث لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت
فأعطني وليس من مادة البيع أولى وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى
وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد أنه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضا الا أنهم لم يذكروه
أو ان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعل بيعا في النصفين بالمعاطاة فيهما والله أعلم
(ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوسا ونصف الاحبة جاز) فيهما (لانه قابل
الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة) يتجوز للجواز بأن (يكون نصف
درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوسا معناه ما يباع من
الفلوس به كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة
وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطني بنصفه نصف
درهم فلوسا وبنصفه نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحري للصحيح أن المعنى على ذلك التقدير
أعطني بهذا الدرهم نصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوسا وهذا يفيد أنه انما اشترى ما يباع
من الفلوس بنصف درهم وحبته وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله
(وفي أكثر نسخ المختصر) يعني القدوري (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو
غلط من النسخ ويجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف (فروع) تقدم بعضها في
ضمن التعليق فربما يغفل عنها تصارفا جنسا بجنس منساو يافزاد أحدهما أو حط شيئا وقبل الآخر
التحق بأصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلتحق فيهما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط
ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب
قبضها في مجلس الزيادة لانه عن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحمد رحمه الله
لا يشترط لانها هبة ابتداءية ولو افتقرت لاعتق قبضها بطل حصتها من البذل الآخر كأنه باع الكل ثم
فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ويرد الذي حط ما حط وان كان الحط
قبوط ذهب فهو شرك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا
مواضعة اذا اشترى بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب
بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له أن يرد به بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به وان لم يقبض الثمن من
البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد ولا يبطل
وعاد البيع الاول لانه يبيع في حق الشرع فان تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجع بأرض
العيب ان كان الثمن ذميا بالتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع
بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشترى دينار بدرهم ولا دينار له - ذاولا درهم لا - آخر ثم افترضا
وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكبل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدرهم ولا فلوس
ولا درهم له - ما ثم نقدا أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالباً ولا نها اذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهى فتناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة (والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى (٣٨٩) وكفلها زكريا) أي ضمها الى نفسه وقرئ

بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها (وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولادين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة لنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة

الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لماملأ ككفيل الكفالة لان غلبتك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين

﴿ كتاب الكفالة ﴾

قال الامام السرخسي في مبسوطه في باب كتاب القاضى في الكفالة من كتاب الكفالة لو كتب القاضى الى القاضى بكتاب في كفالة بنفس رجل ولم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول أصح

الطحاوى اشترى سيفاً حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد في الثمن مائة أخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئاً ليمتدح المائتان للعلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان ذلك في ابريق فضة يبطل العقد في نصف الابريق والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الكفالة ﴾ (بسم الله الرحمن الرحيم)

أورد الكفالة عقب البيوع لانها غالباً يكون تحققة في الوجود عقب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالنظر أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في البيع وذلك في السلم فلما كان تحققة في الوجود غالباً بعد ائتمان أو ردها في التعليم بعد ائتمانها مناسبة خاصة بالصرف وهي انما تصير بالآخر معاوضة عما ثبت في الذمة من الايمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لم تقدم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيامؤنة مأهمه ما وفر جأشهم ما وذلك نعمة كبيرة عليهم ما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن اتاح لها ذلك وسمى نبياً بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء لملك أراد قتلهم وسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصده الخارج رفعه عنه ما تقربا الى الله تعالى أو ازالة اللاذى عن نفسه ما اذا كان المطلوب ممن يمه مأهمه وسبب شرعية تدفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً ودليل وقوع شرعية قوله تعالى ولما جاءه جيل بعير وأتابه زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الامن الثلث وفي الدين أن يكون صحيحاً فلا كفالة في بدل الكتابة لانه ليس ديناً صحيحاً اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم وأما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عيناً أو معنى قال في المغرب تركيبة دال على الضم والتضمن ومنه كفل البعير كساء يد ارجول سنامه كالخوبة يركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما في الشرع فما أشار اليه من قوله (ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والاول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يتخال من لزوم ضرورة الاف الدين الواحد دال الفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل

يبين في كتابه انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ به بذلك عزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزم باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

فلاستيفاء لا يكون الا من أحدهما كالمغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يبستوفي الامن أحدهما واختياره فضمن أحدهما براءة الآخر فكذا فنار يد باختياره التضمن القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق برفعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر ويميل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل لانه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من شيأ يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الذي الواحد في ذمة اثنين انما يمنع في عين ثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا بموجب لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانا جملناه في حكم الدينين تصحح التصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعلى يقتضى أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالدين تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسد او المقبوض على صوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلكت يجب تسليم قيمتها اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم فائنة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض ضمن بالثمن وكالرهن ضمن بالدين ولو هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بهم او متى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلا وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالانفاذ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنًا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلعهوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفًا على اجازة الطالب أو تصح نافذا ولطالب حتى الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل وأما حكمها فثبتت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء عذر عليه مطالبة الاصيل أو لا وفي رواية عن مالك لا يطالبه الا اذا عذر ذلك وقال ابن أبي ايمى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل أصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم لم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال على رضي الله عنه أنا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال جزأله الله خير أو فكل رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله أله خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه برئ من الضمان وللعمامة قوله صلى الله عليه وسلم لم نفس المؤمن معاقبة بدنه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الآن بردت جلده وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فكل الله رهانك لانه كان بحال لا يصلى عليه فلما ضمن عنه فكاه عن ذلك ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان على اذ يدل على أن الضمان ثم بذلك

قال (الكفالة ضربان) الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفيل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا يتقاده ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بأمره فلا أن أمره بالكفالة لا يثبت له (٣٩١) عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما أن أمره

بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقة يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترك الزام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بحجة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبي عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل بالاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفيل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لانسلم أنه لا يقدر على تسليمه (قوله اذلا قدرته على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفيل بما لا يقدر على تسليمه اذلا قدرته على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه

(قوله قال) أي القدوري (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهو أنها جائزة كقولنا واستدل لقوله المضعف (بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذلا قدرته على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر لا يتقاده ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفيل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالاته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بيد الشاهدين (و) استدلل للذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) باعتبار جموعه وقوله (بنوعيه) أي نوعي عقد الكفالة واعترض بأنه مخصص بالزعم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره والغرام لازم ذكره في الجملة والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاجة بجماع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرايط وماطرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه يتقاده اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقيل تأمل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفيل رجلا في تهمه وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلات أم كلثوم بنفس علي رضي الله عنه واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس ومادون النفس ووجهه أنهم من حقوق العباد من وجهه في بعضها ومن كل وجه في بعضها وأما حد الزنا والشرب فعند صحة الكفالة للزوم التنافي فان الحد يمتثل في درته وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتياط لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء الكفيل فيها في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلا أن الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء اما أن يجيب ويحضر أولا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه

مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهر ابراهيم منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما مر آنفا

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستجمل في حبه لعله ما درى لما يدعى) فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز أو مع قدرة فان كان الثاني حبه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه (٣٩٣) فان مضت المدة ولم يحضره حبه اتحقق

امتناعه عن ايفاء الحق وان

كان الثاني فالطالب اما ان

يوافقه على ذلك أولا فان

كان الاول سقطت المطالبة

عن الكفيل للحال حتى

يعرف مكانه لتصادقهما على

العجز عن التسليم للحال وان

كان الثاني فقال الكفيل

لا أعرف مكانه وقال الطالب

تعرفه فان كانت له خرجة

معروفة يخرج معها الى

موضع معلوم للتجارة في كل

وقت فالقول قول الطالب

ويؤمر الكفيل بالذهاب

الى ذلك الموضع لان الظاهر

شاهد له وان لم يكن ذلك

معروف فانه فالقول قول

الكفيل لانه متمسك بالاصل

وهو الجهل بالمكان ومنكر

لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم

لا يلتفت الى قول الكفيل

ويجبه الحاكم الى أن يظهر

عجزه لان المطالبة كانت

متوجهة عليه فلا يصدق

على اسقاطها عن نفسه بما

يقول فان أقام الطالب بينة

انه في موضع كذا أمر الكفيل

بالذهاب اليه واحضاره

اعتبارا للثابت بالبينة

بالثابت معاينة قال (واذا

احضره وسلمه في مكان

الخ) اذا احضر الكفيل

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طال به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستجمل في حبه لعله ما درى لما يدعى) فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز أو مع قدرة فان كان الثاني حبه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه (٣٩٣) فان مضت المدة ولم يحضره حبه اتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال (وكذا اذا ارتدوا العباد بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ولوسله قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال (واذا احضره وسلمه في مكان بقدر المكفول له أن يخصمه فيه مثل أن يكون في مصر

لا يقتضي الامعرفة الكفيل للطلوب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أبو سليمان الجوزجاني عن رجل قال لا أعرأنا من لعرفة فلان قال أبو سليمان أما في قول أبي حنيفة وأبي لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مثبت هور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد وفي خزانة الواقعات وبه بقي أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فبين قال أناضامن لك بعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه اليك أو أسلمه اليك أو أقبضه لا يكون كفالة مالم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيد بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول ان لم يؤد فلانا أودى نظيره في النذر لو قال أنا أخرج لا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فلانا أخرج يلزمه الحج (قوله فان شرط في الكفالة) أي بالنفس (تسليم المكفول به في وقت بعينه) أو يوم (لزمه احضاره فيه والاحبسه الحاكم لا امتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه) وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فيه فان ظهر لا يحبسه اذا فائدة في حبه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيجبس الى أن يظهر للقاضي تعذرا لا احضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعمار بالدين واذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلزمه ولا يمنع من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت المطالبة الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضممان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فان أقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتدوا ولحق بدار الحرب) يعني بمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان يشناو بينهما مودعة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه والحق وان كان موثقا فهو حكى في ماله ليعطى الاقرب اليه أما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة للشافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيمادونها والثاني يسقط الخاقا بالغيبة المنقطعة (قوله واذا احضره وسلمه اليه في مكان بقدر المكفول له) على (أن يخصمه فيه مثل أن يكون في مصر) من الامصار

(٥٠ - فتح القدير خامس) المكفول بنفسه وسلمه في مكان بقدر المكفول له أن يخصمه فيه مثل أن يكون في مصر

قال المصنف (فان شرط في الكفالة الى قوله في ذلك الوقت) أقول لا قبله كما في الدين المؤجل فله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع (قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا

برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو الحماكة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود ببرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على الحماكة وقال شمس الأئمة السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم (٣٩٤) في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على

الاحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في ربه لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على الحماكة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على الخاصة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان الاعتبار يمكنه من أن يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقبل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لأمر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه

برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة قال (واذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقبل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا (وان سلمه في ربه لم يبرأ) لانه لا يقدر على الخاصة فيه فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على الخاصة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الخاصة فيه (برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أولا كالمدين اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الامرة) وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الاخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا أنسب وجه قوله أنه يثبت بذلك قدرة الخاصة في الجلالة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على محاصمته وهذا لا يكون ظاهر الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار ولا يفيد التكفيل فائدة المقصودة به وقوله ما أوجه وفي الفتاوى القاضي اذا أخذ كفيلا من المدعي عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه إلى القاضي أو إلى رسوله برئ وان سلم إلى المدعي لا وهذا اذا لم يصف الكفالة إلى المدعي فان أضاف بأن قال كفل للمدعي فالجواب على العكس أما ان عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالذهب أنه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة الخاصة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على ايصاله إلى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبار الطريق الا أن لا يقدر ان لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روى عن أبي يوسف نصا وقال لان الناس لا يعمنون للاحضار قبل ويجب أن يفتي بهذا ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولى غيره فدفعه عند الثاني جازد كره في الخلاصة (ولو سلمه في ربه أو سواد لا يبرأ) اتفاقا (ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على الحماكة فيه) وفي المتن في رجل كفل بنفسه محبوس ينبغي للقاضي أن يخرج حتى يدفعه الكفيل إلى المكفول له ثم يعيده إلى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفسه رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانية فدفعه إليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه إلى فدفعه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه إليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي إليك عن كفالته كان جائزا أيضا وبرئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز

في ذلك المصر أو في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمه الله فظهر الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحبس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على الحماكة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به

(قوله فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقط لهما أما اذا مات المكفول به فلا ن الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وأما اذا مات الكفيل فلا نه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لانه لا مال له فان قيل فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لانه لا مال له وهو ظاهر لا نه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائباً اذا المقصود ايفاء حق (٣٩٥) المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك

فيه أو خذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره كافي حالة الحياة واذا مات المكفول له فلا وصي أن يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلا وارثه أن يفعل ذلك لقيام كل منه بمقام الميت قال (ومن كفل بنفسه آخر الخ) ومن كفل بنفسه آخر بالاضافة ولم يقل فاذا دفعت اليك فأنا بريء فدفعه اليه برئ لانه يعني البراءة وذكره لتذكر الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كسبوت المالك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجباً وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف أي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولومات المكفول له فلا وصي أن يطالب الكفيل فان لم يكن فلا وارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فأنا بريء فدفعه اليه فهو بريء) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كافي قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالة صح لانه

عن احضاره (قوله) واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل) يعني برئاً (لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب) الذي هو احضار النفس (بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصي فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعني المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره كافي الحياة ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضاً أما لومات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصي أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك (قوله) ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فأنا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه أي دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه كالمالك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازها عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدته وقد وجد اذ قد فرض الدفع فتثبتت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كافي قضاء الدين) يعني اذا سلم المدينون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فهنا أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث انما ذكر هذا لدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة ما أريدت الا لتوثق لاستيفاء الحق فمالم يستوفه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار (قوله) ولو سلم المكفول به نفسه من كفالة أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان (صح) عن كفالة فيه برأ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لانه لم يعلم فيه خلافاً قال المصنف (لانه) أي المكفول

الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحاً وليس بشئ لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير انما أورد هذا النبي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتاً بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلمعل الطالب يقول مالم أستوف حتى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كافي قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بإيفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلا يتوقف بما امتنع عن ذلك ابقاء لحق نفسه فيتم ضرره الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالة أي كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كالتسليم الكفيل لان المكفول به

مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طوالب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فماذا كفي النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة أي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعاً فيه نظراً لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة أخرى كما بينا ولانه يستلزم أن يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله اقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوافق بفلان الى شهر فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وافاه أي آتاه من الوفاء وقيد بقوله لماعليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل نفي عدم الموافقة على قول محمد خلافاً لهما وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لا بتناثم اعلی التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركت في هذه الجارية التي اشتريتها مني ذلك صحت وكذلك الكفالة بالشجة (٣٩٦) صحيحة مع انهم لم تعلم هل تبلغ النفس أو لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيئاً أحدهما

صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند ادعاء مكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلة بشرط عدم الموافقة وهو ظاهر لتصريحه بكلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة صحيح لانه شرط متعارف وسند ذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة

مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله اقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما مالتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيوع

(مطالب بالخصومة) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مع طائفة عن نفسه اذا طالبه بمحل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً كالمحل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله اقيامهما مقامه) يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يرد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لا يبرأ الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا ان يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيئاً لا يبرأ (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافق به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن) لا لاف (لان الكفالة بالمال) في هذا (معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما مالتوثق) ولعله بطائفة بحق آخر فهذا ان مطلبان أما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أي لان تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيوع) فكما لا يجوز تعليق البيوع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعثت كذا بمائة فقبيل

الاخر

بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها

من التسليم أو ابراء أو موت وليست الكفالة بالمال منافية له - ما لا اجتماعهما وان كلاً منهما مالتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وإبطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البديل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة وأجيب بأن بدليتها ممنوعة فان كلا واحد منهما - ما مشروع للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلهما وان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذا ذل وأجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة أي المعلقة بالشرط لا تصح لانه أي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيوع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر في البيوع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا لانسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيوع مطلقاً أو من وجهه الاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب

(قوله فيه نظراً لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظراً راجع الى ما في قوله فماذا كفي النهاية

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

لأنه يشبه البيع من وجه كما هو ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبّه البيع يقتضي أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك وأعمال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملاً بهما والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعد الموافقة بالنفس ورغبتم في ذلك أكثر من رغبتم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

قال المصنف (ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشروط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كملت فلان فاعلى أن تصدق بهذه الواهم فكلم فلان واجب عليه أن يتصدق بها انتهى

الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا (ولنا أنه) أي عقد الكفالة (يشبه البيع) في الانتهاء من حيث أن الكفيل بالامر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث أنه) تبرع في الابتداء (بالتزام) المال فبالنظر إلى الشبه الأول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر إلى الثاني فقط يجوز مطلقاً فان النذر يصح تعليقه مطلقاً فعملنا بالشبهين (فقلنا ان كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي تعارفوا وتعلقها به (صح عملاً بشبه النذر) وان كان بغير متعارف (ك) دخول الدار و (هبوب الريح) ونحوه لا يجوز عملاً بشبه البيع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكيفية في صورة المسئلة وهي الالف اتفقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضر جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بمالك عليه صح ومهما ثبت بالبينة أنه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فأنما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحته ما فلا يقتضي وهو الكفالة بالنفس أو لاثم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعديتان لما وجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطاً للآخر بل جواز أن يكون له مال آخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقاً وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البديل الأول كانت العبارة كفلت بنفسه على أي أن لم يواف به إلى كذا كنت كفلاً لجماعه عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزاً بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فنثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ أنه لو كانت المعلقة عملاً عليه بأن كذل بنفسه على أنه ان لم يواف به إلى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يتبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجد الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره إلى القاضي لينصب وكيلاً فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلثه أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري إلى القاضي لينصب وكيلاً عن الغائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وهنا ثلاث مسائل أحدها أن يكون الطالب والمطلوب واحداً في الكفالتين وأنه جائز استحساناً والثانية أن يكون الطالب مختلفاً فيما قبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحداً أو اثنين وان كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين فهو المختلف فيه ولو كفل بنفسه إلى غدا فان لم يواف به غدا في المجلس مثلاً فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يواف غداً النقضه مني فأنا بريء عنه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم يواف أنت لم تصدق واحداً منهم ما فلو أقام المطلوب بينة على الموافقة برئ من الكفالتين وكما كفل على أنه ان لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم أوافك به فأنا ضامن ليعليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنهما اعدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالآثار كبداهة ليست مقصودة ولهذا اذا وافي بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالبراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم أن يكون ما فرضناه ناكدا لغير مقصود بالذات وذلك خلاف باطل وأجاب الامام طهير الدين رحمه الله في فوائدنا بأن البراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالبراء تنفسخ الكفالة من كل وجه (٣٩٨) وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل

عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التاكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع فلما التزمنا منه غير مدفوع وقد التزم حيث تبين باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذلك ما يترتب عليها فلماذا عوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم يوافق فلا يفيد في اضرار غيره قال (ومن ادعى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أولم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فلم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه) لانه علق مالا مطلقا بخاطر الا يرى أنه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها

المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كالوأرأى المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أجيب بالفرق بأن البراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقيد فيقتصر اذا ضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال وأما جواب المجبوبي والمبسوط بأن تصححها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخروج عن الظاهر احتياطا لا يجب المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره غير الاسلام والصدور الشهيد وقاضيان فثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة اذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن نقص من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والافكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفسد عدم معرفة حكم هذه اذ قد عرف أن المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينافي تركه اذ اضمضى الوقت قال طهير الدين في الاصل اشارة الى أنه يجب فانه قال ان وافي ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل بالمال وان أبي القبول يجبر عليه لانهم حقافي ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورتهافي الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أولم يبينها أولزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأنا كفيل بنفسه الى غدا فان لم أوافق به غدا فعلى

على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها مائة حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخر وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعي عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها الاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعي عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة لترك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور المازدي وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبينه صريح المصنف

والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى (٣٩٩) ولهما ان المال ذكره معرفا لانه قال

فعلى المائة فنصرف الى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى للمجد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقرر بان المال اذا لم يكن معلوما لا بأس بذلك لأن العادة جرت بالاجال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكانت أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الاخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لا يثبت ما يدعي المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز

ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما أن المال ذكره معرفا فنصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليها عنده وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد فيلحق بهما الاستيثاق كما في التعزير

مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به عند اقال عليه المائة الذي ينفق في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها به بذلك لم يلغفت الى دعواه وأراد بالوجهين ما اذا بينها أي ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل والأفود أن يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينا أو لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل فمحمد وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخبر هو عدم الموافقة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب في المال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه بمحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور الماتريدي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعي به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكره معرفا فنصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجال في الدعاوى) قبل الحضور الى مجلس القاضي احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيترتب عليها صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) (الثانية) ونحن قد أسعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكرفيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بألف ظهر انه أراد الالف التي سيدعيها حكما بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصح كلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهرت أنه انما كفل بالالف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فغنى غدا ولم يوافق به فلا يقول لاشئ على والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الاخر وهو قول محمد لاشئ عليه وهذا يقتضي أن الحاصل ان أبا حنيفة وحدهم ويستفاد من أن الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وسنذكر ما يظهر فيها (قوله) ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل (عنده) وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد ولهذا يشترط الدعوى (وفي القصاص لانه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لانه لا يخلو الارض عن الفساد

اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لانه خالص حق العبد أي لان

(قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله لا يجبر في حد القذف

المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الجبر بل الأمر باللازمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود والحالصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بهما وإن طابت نفس الكفيل به سواء أعطاه قبل إقامة البينة أو بعدها أما قبل إقامتها فلا أن أحدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا تسمع دعوى أحد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الأصل وبعد إقامة البينة قبل التعديل (٤٠٠) بحسب وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة إلى أخذ الكفيل (ولابى حنيفة رحمه الله

قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حدم من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قبل هذان من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبني الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالكفيل) فإن قيل حبس بأقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل أوجب بأن الحبس للثمة على ما ذكر لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) فإنه محض حق العبد

بخلاف الحدود والحالصة لله تعالى ولا يحنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدم من غير فصل ولان مبني الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمعت نفسه به يصح بالاجماع) لأنه أمكن ترتيب موجه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم

ومعنى الجبر ليس أنه يجبر حتى يعطى بل يلزمه ولا بدعه يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلا (بخلاف الحدود والحالصة حق الله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه بأعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الأصل وبعد إقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يجبر وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقذف متى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة بإحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يجبر بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أوجب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لثمة الاغارة والفساد تعزير أو اذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلزمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فإن أحضر البينة فيها والاخلى سبيله وروى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر وشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأودبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني أحبسه وأخلده في السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولابى حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد) رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن أبي عمير الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقة المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به قال مجهول لا أعلم روى عنه غير بقة كما يروى عن سائر المجهولين (ولان مبني الكل) يعني الحدود والحالصة حق الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا (ولو سمعت نفسه) أي نفس المطلوب (بأعطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لأنه أمكن ترتيب موجه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمع بها في الحدود والحالصة حق الله لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الجبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها العباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولأنه معارض بوجوب الدرء

يسقط باسقاطه وبثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويخالف فيه فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه كما في (ولا الاموال) (ولو سمعت نفسه) أي لو تبرع المدعى عليه بأعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحد القذف صح بالاجماع لأنه أمكن ترتيب موجه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل وتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين

قال المصنف (قوله قبل هذا إلى قوله مرفوعا) أقول القائل هو الاتقاني وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف ثبت المعلل

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيه ما أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الحبس ههنا للثمة أي لثمة الفساد لا لاثبات المدعى لأنه يحتاج إلى حجة كاملة والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد والعدالة لأن الحبس للثمة من باب دفع الفساد وهو من باب البيانات والديانات تثبت بأحد شطريهما وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالتهمة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وحاصل الفرق أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كافي الأموال إذا ثبت وععدم موجبات السقوط وامتنع عن الإبقاء لا يحبس فيه إلا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحودود والقصاص فإن أقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جازا الحبس قبل ثبوته للثمة ولقائل أن يقول الحبس للثمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرة بالشبهات والدرة ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالإجماع على ذلك فينتفي الحبس للثمة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للثمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالثمة وأن فيه وبينه أن (٤٠١) الدرة مأثور به والترك والتماثل حرام

لأفضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فإذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يحبس الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدلته والإبقاء من أمثاله مأثور به فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للثمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقيل تعليلاً للجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ممن ينهم بذلك ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرة والله أعلم بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لأن الحبس للثمة ههنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد والعدالة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وذكر في كتاب أدب القاضي أن على قوله لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد الحصول الاستيناف بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأنه دين مطالب به يمكن الاستيفاء

(ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أنه عدل لنفي الجهول (لأن الحبس ههنا للثمة) لا لاستيفاء الحد (والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة أما العدد والعدالة) فإذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روي به زين حكيم عن أبيه عن حده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالتهمة وقدمنا تخريجاً والكلام فيه في الحدود (بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فإنه لو ثبت المال بالبيننة العادلة وامتنع من الإبقاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل التأنيبه وأومن وهمت الشيء أهمله وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا أو الاسم التهمة بالتحريك أصله أوتهمت كما في أنكلت أصله أوتكلت بمعنى اعتمدت فلبت الواو بلاء تنكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الافتعال قال المصنف (وذكر في أدب القاضي أن على قولهم لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد الحصول الاستيناف بالكفالة) أذهما يقولان بجواز الكفالة فيحصل به المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس الحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما ما بأن المراد بالاولى يحبس أن لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس أن قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد

(٥١ - فتح القدير خامس) يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل معنى كلامه أن في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه الحصول الاستيناف بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أورده هذه المسئلة ههنا دفعاً لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فإن هذه الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك

(قوله أي لثمة الفساد لا لاثبات المدعى) أقول لا تظهر لاثبات (قوله ينافي الدرة) أقول لا نسلم ذلك وإنما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيناف كافي التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير وما نحن بصدد ذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتأمل (قوله ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرة) أقول فينبغي أن يكون الاتهام أكثر فليتأمل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو السكاكي (قوله أورده هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خير بأنه لا يدل على وجه إيرادها في أثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهم بيانه إلا ذلك ولا يمكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والامر بهين.

الأنزى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة عليه لأجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعنى في الحياة والمات احترازاً عن الزكاة فانها بطالب به أماً في الأموال الظاهرة فالمطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كما لو كان نواب الامام والكفالة به لا يجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقاً كالكفالة استطرديز كره في باب الكفالة فقوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والمات تصح الكفالة به بالاستقراء ولو لم يوجد ما شرع الكفالة لأجله فيه وقوله (يمكن الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكن الاستيفاء لكونه توثيقاً بجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف ان نشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفلاً بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلاً بجملة أو على التعاقب (٤٠٣) لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة

الاصيل في المطالبة بأن يكون مطالبوا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثيق وبالثانية يزاد التوثيق وما يزاد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضى لجوازه موجوداً والمانع منتفياً فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثيق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن أبي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين

فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفلاً آخر فهما كفيلا) لان موجب التزام المطالبة هو متعددة والمقصود التوثيق وبالثانية يزاد التوثيق ولا ينافيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً اذا كان ديناً صحيحاً مأملاً أن يقول تكفلت عنه بألف أو بمالك عليه أو بما يدركك في هذا البيع) لان معنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة

حتى يحبس به ويلزم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخارج يمكن استيفاءه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أى كل من عقد الكفالة وهو مطالب الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخارج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به يمكن الاستيفاء ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لان الخارج في حكم الصلات ووجوبه في الشرع كالزكاة لكن لما كان ملزوماً للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الأموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس بحقيقة الدين لان حاصله ايجاب عليك طائفة من المال شكرًا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركه جبراً للورثة عندنا ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالباً من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالباً بالمالك فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ومطالبة الامام ليس لا يصل المستحقين الى أملاهم بل الى ما يستحقون لا بطريق المالك بخلاف سائر الديون فانها مملوكة (قوله ومن أخذ من رجل كفلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفلاً آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلا) بالنفس (لان موجب التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين به لزيادة التوثيق ثم اذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلاً بغيره ما طوبى كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلاً كفلاً ثلاثة معاً بألف لا يطالب أحدهم الا بئسها ولو كفلاً بغيره على التعاقب طوبى كل واحد بالالف وأيهم قضى سقطت عن الباقي (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عدل قوله أول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة

وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية الصريحة والاصل موافقتها وبفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيه ايضاً المحيل وذلك باطل ثم اذا أسلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوماً كقوله تكفلت عنه بألف أو مجهولاً كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدركك في هذا البيع يعنى من الضمان بعد ان كان ديناً صحيحاً لان معنى الكفالة على التوسع فانما تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به بسيرة وغيره ابعداً أن كانت متعارفة قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقاني الضمير في عليه راجع الى الخارج وفي فيهما راجع الى الكفالة والرهن انتهى والظاهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخارج (قوله قيل في كلام المصنف ان نشر مشوش) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه إشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولا كالتن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة أى شجرة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت بمجهول (٤٠٣) لاحتمال السراية والاقتصار

وانما قيل خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجرة بالة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح ولما لم ذلك في كلامه لم يحتاج الى التقييده (وشرط أن يكون

المكفول به ديناً صحيحاً) وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذا الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه والمطالوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبديل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البديل بتجزئه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شئ فيطالبه به قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذي عليه الاصل أى الدين ويسمى الدين أصلاً لان المطالبة مبنية عليه فان المطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فسرعا وهذا التفسير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنها الا اذا شرطت البراءة

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجرة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراعاة أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتي في موضعه ان شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حواله اعتباراً للمعنى كما أن الحواله بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لان مقتضى الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما

الصريح لو قال أما المالك فإله بالنفس وهو انما قال فإله كفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو وابن أبي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المما كسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للقدر حين قال ما كان عليه فعلى فكان مبنياً لها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما نوقض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن وبما لم أن يبين أى مئة مدارشاه (وعلى ضمان الدرك اجماع) وضمن الدرك أن يقول للشئرى أنا ضامن للشئ ان استحق المبيع أحدهم مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل نص الشافعي رضى الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاءه حمل بعير وأنا به زعيم على أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بالنكار فيمكن أن يدعى أن حمل البعير كان مقدراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خمساً ثمرة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجرة) أى خطأ فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بالة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والافارش الشجرة ومع ذلك صح وقد مدنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولانه لا سيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده وكذا يحترزه عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل (وله مطالبتهما) جيعالاً لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبة أحدهما أو مطالبة أيهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على أنها حينئذ حواله عقدت بلفظ الكفالة فنجوز بها فيها فتجوز حينئذ أحكام الحواله كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيهما (بخلاف المالك) المغصوب منه (اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعنى الغاصب والغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له أن يضم الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أى ان قضى القاضي عليه

فتصير حواله اعتباراً للمعنى كما ان الحواله بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا أنه لا يطالبهما جميعاً جعالة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار أحد الغاصبين أى الغاصب والغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره أحدهما

(قوله ولما لم ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شئ وبندفع بقولنا قياساً تاماً

يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التملك فوضح الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بالشروط ملائم لها مثل

(يتضمن التملك منه) فغير الاخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله) ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه أي ماوجب وثبت فعلى من ذوب الشحم لان المعنى ان بايعته فعلى ذلك البيع وان ذاب لك عليه شيء فعلى وكذا ما غصبك فعلى واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعه الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه عن المبيعة الثانية ذكره في المحرر عن أبي حنيفة نصا وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولورجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبيعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه مع لومافان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بجهالة المكفول في الاضافة ولو قال ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل اتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها حينئذ قليلة لتحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التخييز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحدا فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذلك لو قال ما ذاب لا أحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لا تنفائهما ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من يبيع فعلى لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلى يصح فأبهم بايعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين مع لومين عند المتخاطبين والافلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهما ذبا بماله على فلان وهو أفأولهما ذبا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لان جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه في التخييز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التخييز والاضافة حيث يصح في التخييز دون الاضافة أما الاول فيأذ كرفي الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها بجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتعليق ان القياس بأبي جواز اضافة الكفالة لانها تملك في حق الطالب وانما يجوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه مع لوما فاذا كان مجهولا يبق على القياس وحاصل هذا أن الما بطل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسألة الكتاب فاستدل المصنف وأكثر الاصحاح بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة وكذا قال أصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة

يتضمن التملك اذا قضى
القاضي بذلك فلا يتمكن
من التملك من الثاني أما
المطالبة بالكفالة فلا تتضمن
التملك قال (ويجوز
تعليق الكفالة بالشروط
الخ) يجوز تعليق الكفالة
بشرط ملائم مثل

أن يكون شرط الوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلى ولا يجوز بشرط مجرد عن الملازمة كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وقيد بكون زيدا كفولا عنه لأنه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كافي هيوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فإن منادى يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المحي وبصواع الملك وكان نداؤه بأمر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا ثم ربيعة لنا إذا قصم الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية أن هذه الآية محمولة على بيان العمالة إن أتى به لبيان الكفالة فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة انما تكون إذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني أن الآية متروكة الظاهر لأنها اشتملت على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الأول أن الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بهامهما ممكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للغير إن الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامناً (٤٠٥) عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة وعن

أن يكون شرط الوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

وضمنان العمالة على هذا الوجه جائز كن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة أن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته إلا في مسألة واحدة سنأتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فإن الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العير عن غيره وهو الملك فإن المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لأنه انما نادى بأمره ثم كف عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه إلا أن فيه جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته حديث أبي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال على هما على فصولي عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الأمرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يبق على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفي ما تقدم من المعنى فيها ومن الإجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان إضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً ملائماً لملائمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف بـ (أن يكون شرط الوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع المشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المحي وبصواع الملك فإنه سبب وجوب الجعل الثاني (أن يكون شرطاً لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فإن قدمه سبب موصول للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء مثل أن غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً ومن

حقيقة الكفالة وعن الثاني بأن في الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له وإضافتها إلى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما ما يدل لا يستلزم عدم جواز الآخر فإن قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فإن الأولى لا تمنع الجواز أصلاً والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحداً من الناس والثالثة تمنعه مطلقاً فالجواب أن الأولى منصوص على جوازها لأنه قال تعالى حمل بعير وهو غير معصوم لأنه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع

مطلقاً والثانية انما تمنعه لأجل الإضافة لا لجهالة فان الكفالة المضافة إلى المستقبل بأبي القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول منه معلوماً فالجهول باق على أصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقاً لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعناق من غير قبول أصلاً وإذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لا تمنع كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بشولنا على ما يأتي

قال المصنف (وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقه بها به قال المصنف (فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا يصح الكفالة أيضاً كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما إذا قبل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الإشارة إلى كون الكفالة بيعاً في حق الطالب فإنه إذا كانت الكفالة تعليقاً كافي حقه وإضافة التاميل إلى المستقبل لا تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل في القياس فليست أمثل

(قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا) أى كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومحجى المطر كذا لا يصح جعلهما أجلا لكفالة وفى كلامه تظن من أوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضى نفي جواز التعليق لاني جواز الكفالة مع ان الكفالة لا يجوز الثانى ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة اذ لم يذكر بالثا والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما أجلا والثانى كذلك لقوله بعده الا أنه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشرط الفاسدة (٤٠٦) ومع ذلك فليس يستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسئلة ويمكن أن يجاب

عن الاول بأن حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفى بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة ولا تنتفى

وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وان لم تقم البينة

الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعاق نوع اذا التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثانى بأن فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكذا لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما أجلا وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقريضة قوله (ويجب المال حالا) وتقديره لان الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالاجال الفاسدة كالطلاق والعناق ويجوز المجاز عدم الثبوت في

الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنه مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافق به وفى الخلاصة نقلا عن الاصل قال للودع ان أنلف المودع وديعتك أو بحدك فأنا ضامن لك صح وكذا اذا قال ان قتلت ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح بخلاف ان أكلت سبع ونحوه فالسبب ملائمة كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) يعنى من هبوب الريح ومحجى المطر كأن يقول كفلت به أو بمالك عليه الى ان تهب الريح أو الى أن يحجى المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما فلو اذ هبت الريح فقد كفلت بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد أو الدياس أو المهر جان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالخاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعديل المصنف لهذا بقوله (لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق) يقتضى أن نفي التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضى خان أن الكفالة باطلة فتصحح أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجماع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقاد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا وظاهر شرح الاتقانى المشى على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائمة جاز تعليق الكفالة به ومثل بقوله اذا استحق المبيع فأنا ضامن الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومحجى المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقها بالشرط لا يفسد بالشرط الفاسدة أصله الطلاق والعناق وفى الخلاصة كفيل على أن يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشرط الفاسدة ان كانت في صلبها (قوله فان قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التى تقع بها الكفالة فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شئ الا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها (لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بهما عليه) فوجب عليه (ولو لم تقم بينة

فالقول

الحال في كل واحد منهما (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل

لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به (وان لم تقم البينة

قال المصنف (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) أقول أى وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف (لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط) أقول أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أى بأجل متعارف (قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراد به التأجيل على طريقة الاستخدام

فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به (لأنه منكر للزيادة) وإنما كان القول قوله لأنه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما إذا أقر بشئ مجهول وإنما كان مع عينه لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصم فيه والنسبة (٤٠٧) مما يصح بذله كان القول قوله مع

فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يعترف به (لأنه منكر للزيادة) (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لأنه أقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) (ولا يثبت عليها) قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه (مع عينه) (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه أقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق) (المكفول عنه) (في حق نفسه) بما أقر به على نفسه (ولا يثبت عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه يعني حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بمالك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب ثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم إلا أن يقضى القاضي ومثل مالك ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه فان قال ما أقر به فأقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لأنه لم يقل ما كان أقر لك ولو أجبى المطلوب اليه من فأنزله القاضي لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما أقر فلان به فهو على فمات الكفيل ثم أقر فلان فمالا لزم في تركه الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لا خير بابيع فلانا فبايعته من شئ فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وحجج الكفيل بؤخذ الكفيل به استحسننا بلا بينة ولو حجج الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما ما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ولومات المطالب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو ذهب إلى السوق فأعطاه أو قال اذهب إلى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فأنا مالك عليه ضامن فمات المطالب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو على فالعجز يظهر بالحس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسبي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا نطعموهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالخصص فلو أخذ الوالي منهم شيئا فلمهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على أن يعطيه من ودعة المكفول عنه التي عنده جازا إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الودعة منه فان هلك برئ الكفيل والقول قول الكفيل انه هلك فلو غصبها رب الودعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بألف على أن يعطيه اياه من عن هذه الدار فلم يعطها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله) وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعسم من كونه باذن وبلاذن (ولأنه) أي عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أي هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر

عينه كالمسدعي عليه بالمال واليه أشار بقوله لأنه منكر للزيادة) (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لأنه أقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولا يثبت عليها) كالريض إذا أقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول ضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره بيان في الجواز لأن الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره ولأن الكفالة التزام أن يطالب بمال على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم إذا لم يتضرر به غيره وغير المتضرر هنا هو الطالب والمطالب فقط والطالب غير متضرر

قال المصنف (لأنه أقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول قال الزبلي بخلاف ما إذا قال ما ذاب لك على فلان

فعلى فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسننا والقياس لا يلزمه شئ لما بينا وجه الاستحسن أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأتى بأي طريق كان في مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فإذا أخبر الطالب أو المطلوب ما عليه كان متما فلا يصدق ما لم يقم البينة اه وفيه بحث

بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانتضر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فامر لم يضر روان امر فقد رضى
والضرر المرضي غير ضار فبين (٤٠٨) ان الكفالة بنوعها بما يقتضيها المقتضى مع انتفاء المانع وكل ما هو

كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بأمره يرجع بما أدى عليه لانه قضى دين غيره بأمره ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيًا محجورًا عليه أو عبداً كذلك وأمر الكفيل فانه اذا أدى لا يرجع على الصبي أصلاً ولا على العبد مادام رقيقاً لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره أدعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدى دين غيره بأمره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على أني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير أمره لم يرجع

قال المصنف (لانه قضى دينه بأمره) أقول المراد أمره المعهود (قوله لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك) أقول فيه تأمل فانه لو لم يكن معتبراً لم يرجع على العبد بعد

ما عتق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب

على المطلوب بنبوت الرجوع اذ هو عند أمره وقد رضى به (فان كفل بأمره يرجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره (وان كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه)

على المطلوب) لان ضرره (بنبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أي الرجوع (عند أمره) عند أمره يكون (قد رضى به فان كفل بأمره يرجع بما أدى لانه قضى دينه بأمره) مفيد بأمري أحدهما أن يكون المطلوب من يصح منه الامر فلو كان صبيًا أو محجورًا أو أمر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبداً محجوراً فانتما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذوناً صح أمره ويرجع الكفيل عليه لانه أمره بسبب الاذن فانهم ما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني ضمن عني افلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال ضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان الكائن مجرد الامر بالضمان والاعطاء فإذا كان يكون القصد ليرجع وان يكون القصد لطلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن عبد الله مافي اشارات الاسرار اذا قال لرجل ضمن افلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الامر اذا كان خليطاً أو شريكاً وقال أبو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كالمو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقرضاه منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر لغا الامر لانه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الامر وعده سواء أما الخليط في يرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يتاد الرجل مدينته والاختذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرا منه وأورده مطالبة بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال أدعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فأدى عنه لا يرجع على الامر ما لم يشترط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به وأجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام بأن الامر طلب التملك من المأمور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه ويقضى عنه وأن يكون قاضياً عنه الابد أن يصير المقضي به ملكاً لا أمره أن الملك لا أمره انما ثبتت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للامر مثل ذلك والافلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما تملكه بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر أن لادين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للامر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للامر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتمام ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا أن الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفل بغير أمره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل بأمره لان الطالب بالاسْتِيفَاء منه كالمالك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا عليه الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فانما معناه التشبيه أي هو كالمالك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل حكم الكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون في كفائه بل أمره

(لانه)

قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب

لانه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب أن عليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإذا كفل بأمره فبنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤثر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ماضين وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ماضين والثاني أن يكون أدى خلاف ماضين كما إذا أدى زيوفا يدل ماضين من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ماضين لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ماضين وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ماضين لقيامه (٤٠٩) مقام الطالب وفيه بحث من وجهين

أحدهما أن هبة الدين للكفيل تملك الدين من غير من عليه الدين اذا الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لافي الدين والثاني ان الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ماضين وأما في الاداء بخلاف ماضين فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد أعي ما أدى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن عليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما يصح لانه عليك ما لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرج من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون

لانه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضينه أما اذا أدى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث وكذا اذا ملكه المحتال عليه (لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بل ارضاء ولذلك لا يرجع وقوله (رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضينه أما اذا أدى خلافه) فانما (رجع بما ضمن) حتى لو كان الدين زيوفا أدى عنها جيادا فانما يرجع بالزوف أو كان الدين جيادا فأدى عنها زيوفا وتجوز الطالب به فيرجع بالجياد بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جيادا فأدى زيوفا يرجع بالزوف ولو كان زيوفا فأدى جيادا يرجع بالزوف أيضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجوده فيما اذا كان الدين زيوفا فتحتمل الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه ف يرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطلب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدلل من قال ان الكفالة ضم في الدين أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز اذا لم يأذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهنا لما أدى الدين فقد ساطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه أن يقال بعقد الكفالة ساطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان قبض الطالب من الكفيل سقطت ولا يثبت عن الدين الذي على المطلوب اذ صار ملكا له شرعا جبراً من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما اداء أحدهما كما هو أحد القواين أو اعتبره كذلك عند الهبة تصحيماً بالتصرف وإذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما إذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالبراءة تسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكذا اذا ملك المحتال عليه الدين) بالاداء الى المحتال بأن أحال

(٥٢ - فتح القدير خامس) تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعه للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في أن ابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان ابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت عليك اقتضت ملكا مقدورا التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فست الحاجة الى نقل الدين ليصح التملك والتملك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بأن التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب الا ماضين له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المدينون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى الحال عليه ذلك بخلاف ماضين فان الحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شيء فانه لا دين على الكفيل في الاصح

(قوله عماذ كرنافي الحوالة) قبل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا اذا أدى بأمر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع عما أدى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الا امر شئ حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتباره ما فلو أدى الزئوف على الجياد ويجوز له ذلك يرجع به بدون الجياد لان اداء المأمور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله يرجع عما أدى باطلا فقه فيه تسامح وأما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو (٤١٠) على نوعين أحدهما أن يصالحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على

خمس مائة وفيه يرجع عما أدى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما نذكره والثاني أن يصالحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيه يرجع بما ضمن وسيأتي قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال) الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكيمه ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن والوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لأجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة

عماذ كرنافي الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع عما أدى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمس مائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكيمه قال (فان لوزم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يجسسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامل به مثله (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه

المدينون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيه يرجع به لا بما أدى حتى لو أدى عروضا وأودراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع عما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع عما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف) المكفول بها (على خمس مائة) حيث يرجع عما أدى وهو الخمس مائة لا بما ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) أو هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار كما لو أبرأ الكفيل) يعني عن خمس مائة وأخذ منه خمس مائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمس مائة فكذلك اذا صالح على خمس مائة عن الالف لا يرجع الا بخمس مائة أو المعنى اذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشئ فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لانه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له أن (يرجع) على الموكل بالثمن) قبل أن يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكيمه فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن واللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فان لوزم) الكفيل (بالمال فله أن يلزم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يجسسه (بخلاف الشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذا الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد وقلنا لازمة وجب به معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه والافيعام له بمثل ما عامل به (قوله) واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أي على الاصيل

قال (فان لوزم بالمال الخ) اذا لوزم الكفيل له أن يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو (في) الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبس كان له أن يجسسه اذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورط فعليه الخلاص فاذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ الكفيل لانه أبرأ الاصيل وبراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقطت بالبراء فلم تبقى المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علمها

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

وقوله في الصحيح احترأ عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الأصيل لا توجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعمل بأن الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الأصيل وقد سقط الضمان عن الأصيل بالاداء أو البراءة فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الأصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الأصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة الأصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذ لا محال عليه ولم نقل بان براءة الأصيل توجب براءة المحال عليه (١١٤) (وان أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ

الأصيل) لان على الكفيل المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لان بقاء الدين على الأصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز ألا ترى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل (وان أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيه وان أخر عن كفيه لا يكون تأخيرا عن الأصيل لأن التأخير ابراء موقت) لاسقاط المطالبة الى غاية (فيعتبر بالبراءة المؤبد) ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل ألا ترى ان الكفيل لو رد البراءة المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت البراءة وتسقط عنه المطالبة ولو رد البراءة الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لا يبقى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند

في الصحيح (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز (وكذا اذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالبراءة المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الأصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه (في الصحيح) خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس الا في ذمة الأصيل قائل بأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الأصيل ويشترط قبول الأصيل أو موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رد ما رتد دين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا أبرأ صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل لما ذكرنا فريبا ولو كان ابراء الأصيل أو هبته أو التصديق عليه بعد موته فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كالأبرأ بهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالبراءة (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصيل فلا يبرأ الأصيل ببراءته (وكذا اذا أخر عن الأصيل فهو تأخير عن كفيه ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الأصيل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالبراءة المؤبد) فان قيل البراءة المؤبد لا يرتد الكفيل والموقت يرتد برده وبراءة الأصيل يرتدان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة ان البراءة المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه عليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي السقاط كاسقاط الخيار وأما البراءة الموقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا قلنا لم يقبل الكفيل التأخير أو الأصيل فالحال حال يطالبان به للحال وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلا الى شهر) مثلا (فانه يتأجل عن الأصيل) الى شهر (لانه) أي المكفول له (لاحق له حال الكفالة الا في الدين) فليس اذذاك حتى يقبل التأجيل سواء (فكان الاجل) الذي يشترطه الكفيل (داخلا فيه) فبالضرورة يتأجل عن الأصيل (أما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه)

من يقول بجوازهم قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكرناه ان البراءة المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا عليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما البراءة الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخل تقريره لأن سلم ان التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الأصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الأصيل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لا يصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيرها واذا كان تأخير الأصل الدين وهو في ذمة الأصيل تأخير عنه وعن الكفيل جميعا (أما ههنا) أي فيما اذا حل بعد الكفالة فانما كان لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين

قال (فان صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه هو أن يشترط براءتهما جميعا وبراءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط شيء من ذلك ففي الأول والثاني برئان جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل (٤١٣) على الاصيل بما أدى ان كان الصلح والكفالة بأمره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب

فان قال الكفيل للطالب صالحك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئان جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئان جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى لانه أوفى هذا القدر بأمره وان قال صالحك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لاسقاط الاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تملك الاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعتراض بأنه يلزم تملك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز وأجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدين نديلا من الدين ويكون تملك الدين من عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان

قال (فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل) لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئان جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بأمره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فليكن يرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال للكفيل ضمن له ما لا قدر ثرت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)

لانهم اتفقوا على التاجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة) ان شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئان جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بأمره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بالالف وان لم يشترط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحك عن الالف على خمسمائة وهي مسئلة الكتاب (برئان جميعا) عن خمسمائة (لانه) أي الكفيل (أضاف الصلح الى الالف الدين وهو) أي الدين (على الاصيل) فيبرأ الاصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي أوفاهما ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لانه) أي الصلح بجنس آخر (مبادلة فليكن) أي الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالاقبل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الرابا ولا يمكن تملكها من الكفيل لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيا للصلح مع الكفيل حتى نصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التملك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التملك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الرابا هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفلا بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل) لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة (قوله ومن قال الكفيل ضمن له مالا) بأمر المكفول عنه (قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) بجميع الدين لان لفظ الى لانه انتفاء الغاية والمتكامل وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدأها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كانه قال

براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه رافيا في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفلا بأمره كما ذكرنا قال (ومن قال للكفيل ضمن له مالا الخ) ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالبراءة احدها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهائها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداءها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله ان كان الصلح والكفالة بأمره) أقول لوجوب كون الصلح بأمره تأمل

فالأولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره ما لا قد برئت إلى من المال وفيها يرجع الكفيل على الأصيل لما ذكرنا البراءة التي يكون ابتداءها من المطلوب أي الكفيل وانتهائها إلى الطالب لا تكون إلا بالإبقاء فكان بمنزلة أن يقول دفعت إلى المال أو قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا يرجع الكفيل على الأصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ما له من الأصيل لأن ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالإبقاء وهاتان بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لأنه يحتمل البراءة بالإدعاء والبراءة بالبراءة والثانية أدناهما فتثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دلالة آخر وتوجيهه أن يقال تنقبا بمحصول البراءة بأي الأمرين كان وشكنا في الرجوع لأن البراءة ان كانت بالإدعاء يرجع الكفيل وان كانت بالبراءة لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت إلى لأنه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التام وذلك انما يكون بفعل يضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قت وقعدت (٤١٣) مثلا وهو فيما نحن فيه الإبقاء لأنه يضع

المال بين يدي الطالب ويحلى بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فأما البراءة بالبراءة فما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل أبو حنيفة مع أن يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وكأن المصنف اختاره فأخذه وهو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولى وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المحمل وأما إذا كان غائبا فلا استدلال على الوجود المذكورة واعترض بوجهين أحدهما هو أن المحمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان المحمل وقد ظهر مما ذكرنا أن العمل به ممكن

معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهائها إلى الطالب لا تكون إلا بالإبقاء فيكون هذا اقرارا بالإدعاء فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالإبقاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالإدعاء إليه والبراءة فيثبت الأدنى ألا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب وإليه الإبقاء دون الأبراء وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المحمل

دفعت إلى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الأصيل ان كان كفيل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا وهن ثلاث مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل إلى فهذا اقرار بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت إلى وعند محمد كقوله أبرأتك اثباتا للدفع وهو براءة الكفيل أدنى الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فإنه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت إلى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإبقاء وان حصلت بالبراءة لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الأبراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت إلى لأنه اقرار ببراءة ابتداءها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالإبقاء بخلاف البراءة بالبراءة فإنها لا تحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل ومآله محمد انما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعي عليه أبرأتني المدعي من الدعوى التي يدعي على منهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال أبرأتني من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل ولو قال الكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك لأن لفظة الحل تستعمل في البراءة

والثاني ان حكم المحمل التوقف قبل البيان وهما قد اتفقوا على العمل في الوجه الأول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون محلا مع انتفاء لازمه وأجيب بأن قوله برئت إلى وان كان بمنزلة الصريح في حق إبقاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت إلى لاني أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكرناه في تعليل الوجه الثلاثة استدلال لا صريح في الإبقاء وغير الإبقاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحنا في دلالة على المراد وكونه غير صريح في الإبقاء والبراءة الذي سوغ استعمال لفظ المحمل والرجوع إلى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليلا لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمحمل المحمل الاصطلاحي وان كان المراد به المحمل اللغوي وهو ما كان فيه إيهام فالخطب اذا بهون هونا

قال المصنف (لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره) أقول الضمير في قوله لأنه راجع إلى ما في ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لأن البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهي

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشروط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشروط مثل أن يقول إذا جاء غدا فأت برى من الكفالة لا يجوز لأنهم ليست بأسقاط محض لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات والتعليق إنما يصح في الاسقاط المحض وردت بالو كفل بالمال وبالنفوس وقال إن وافيتك به غدا فأنا برى من المال فوافاه من الغد فهو برى من المال فقد جازت تعليق البراءة عن الكفالة بالمال عوافاه المذكور به والمسئلة في الايضاح و يروى أنه يصح لأنهم اسقاط محض كالطلاق لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد الأبراء عن الكفيل بالردي بخلاف إبراء الأصل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين أن عدم الجواز إنما هو إذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غدا ونحوه لأنه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فأمّا إذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فإن الطالب له فيه نفع لما فيه من إبراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال عمل خمسمائة على أنى أبرأتك من الباقي كان صحيحاً وإن علق البراءة على البعض بتججيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما إذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية (٤١٤) الجواز على ما يقابله قال (وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا نصح

الكفالة به الخ) ذكر ضابطاً لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لأن إمكان الضرب أو حز الرقبة ليس بمنتهى الاحتمال لكنه لا يصح شرعاً وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه وهو متعذر إذ الوجوب عليه إما أن يكون أصالة والفرض خلافه أو نيابة وهي لا تجرى في العقوبات قالوا لأن المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو أن الزجر إما أن يكون

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشروط) لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات و يروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالردي بخلاف إبراء الأصل قال (وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدد والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه وهذا لأن العقوبة لا تجرى فيها النيابة قال (وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لأنه دين كسائر الديون كالأبراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغير هذا إذا كان الطالب غائباً فأمّا إذا كان حاضراً يرجع إليه في البيان أنه قبض أو لم يقبض لأن الأصل في الأجل أن يرجع فيه إلى المحمل في البيان والمراد من المحمل هنا ما يحتاج إلى تأمل ويحتمل المجاز وإن كان بعيداً كما يحتمل قوله برئت إلى معنى لاني أبرأتك لأحققة المحمل يعني يرجع إليه إذا كان حاضراً لإزالة الاحتمالات خصوصاً إن كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الإبراء (قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشروط) أي بالشرط المتعارف مثل أن تجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكك بما إذا قال الكفيل بالمال على أنى إن وافيت به غدا فأنا برى من المال فوافاه برى من المال لأن هذا شرط ملائم على أنه لا ورود له لأن الفرض أن فيه روايتين فهذا الفرع شاهد أحدهما (ويروى أنه يجوز) وهو أوجه لأن المنع لمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب أما الكفيل فالمحقق عليه المطالبة (فكان) إبرأؤه (اسقاطاً محضاً) كالطلاق ولهذا لا يرتد بالردي من الكفيل بخلاف الأصل) لا يصح تعليقه لأن فيه معنى تملك المال وقوله (وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به ك) نفس (الحدود) نفس (القصاص) إذ لا يقتل

الكفيل

للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل أو غيره فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المهتمكين

يعودون إلى الجناية وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وأما في القصاص فالأول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة والثاني كما في الحدود لعل الاستدلال على ذلك بالأجاء أولى فإنه لم يرو عن أحد من أهل خلاف في جربانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع قال (وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لأنه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تعميماً لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده وأعلم أن الاعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الأولية إلى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة وإلى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم إلى ما هو مضمون بغيره كالبيع والمرهون وإلى ما هو مضمون بنفسه كالبيع ببيع فاسد أو المقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها ما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

(قوله فإن كان الأول) أقول ويجوز أن يعكس فينبين بطلان الأول بما ذكره في وجهه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر (قوله فقد لا يحصل المقصود) أقول تأمل فإن عدم الحصول نادر لا بضراً

فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة أو مضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للشري ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها امانة وتجوز في المبيع بيعا فاسدا او المقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على أصله ان موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الدين دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الدين دون الاعيان وقتلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الاصل لا تحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الاصل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن (٤١٥) صار مستوقيا لدينه ولا تلزمه

مطالبته فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني أعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز و ذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وان هلك

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز

الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الاعيان اما مضمونة على الاصل أو غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذلك الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شيء على الكفيل وفائدة حيث ذكرنا ان احضار العين وتسليمها ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكره شمس الأئمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما أوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه

الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماله كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة وعمل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قبل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها

(قوله وما لم يجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمنا في أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قبل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو الكاكي

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم ان من استأجر دابة (٤١٦) معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للعمل فكفل

رجل بالجل فكذلك لان المستحق هو الرجل وهو قادر عليه بالجل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالجل لم يصح قال المصنف (لانه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الرجل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والجل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

(قوله وما ذكر في الايضاح) أقول قوله وما ذكر مبتدأ خبره يحى بعد سطرين وهو قوله غير دافع

لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للعمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالجل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها جازت الكفالة) لانه يمكنه الجل على دابة نفسه والجل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا

عنه. دى أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عنه. د الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لاردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها ويحلى بينه وبينها بعد احضارها اليها ونحن نعلم في وجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن جل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة يتمكن المودع من الاخذ بصحة وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بعافاسد او المقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبد في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كفيل بنفسه وبالعبء فبات العبد في يد المظلوب وأقام المدعي البينة ان العبد عبده يقضى القاضي بقيمته على المظلوب وان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين كما ان الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لا نكاره الزيادة كالاصيل أعني الغاصب فان أقر الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهل عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة ديناً مضموناً في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان أعطاه كفيلاً به فهل عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الراهن أخذ به بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن مالية العين هنا ألا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين وقد مرنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لشيء على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لان الاجارة تنفسخ به وخرج الاصيل من أن يكون مطاباً بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجر (قوله ومن استأجر دابة للعمل فان كانت بعينها) أي أجره أن يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل) الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها (وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الجل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والجل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (ووزانه من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من انه عاجز عنه اذ لا ملك العبد أمالو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لشيء على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الجل على المعين وغير المعين بأن الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لاجل الكفالة بالجل كفالته بما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الرجل ويمكن استيفاءه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بأن الواجب ان كان ليس الاتسليم الدابة المعينة بسبب أن تحمله الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه جل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لاتصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد
 رجهما الله وهو قول أبي يوسف وأبو القاسم إذا أجاز حين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الا جازة قبل أي نسخ كفالة المبسوط
 وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أوزيادته
 في آخره ذكر في الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الا جازة في أحدهما دون الآخر
 وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا
 لأبي يوسف رجه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الا جازة فيها أنه تصرف (٤١٧) التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك

يستبد به الملتزم كالإقرار
 والنذر فهذا يستبد به
 الملتزم ومنع كونه التزاما
 فقط وبأن الإقرار أخبار
 عن واجب سابق والأخبار
 يتم بالخبر والنذر من
 العبادات ومن له العبادات
 لا يشترط قبوله لعدم
 العلم به وله في وجه رواية
 التوقف على الا جازة
 ما ذكرنا في الفصول في
 النكاح وهو أن يجعل
 كلام الواحد كالعقد التام
 فيتموقف على ما وراء
 المجلس لأنه لا ضرر في هذا
 التوقف على أحد ومنع
 عدم الضرر بجواز رفع
 الأمر إلى قاض يرى براءة
 الأصل عن حق الطالب
 كما هو مذهب بعض العلماء
 في أن الكفالة اذا صحت
 برئ الأصل وفي ذلك ضرر
 على الطالب ولهما أن في
 عقد الكفالة معنى التملك
 لأن فيه تملك المطالبة
 من الطالب فلا بد من
 بعد الإيجاب الا بقبول

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو
 يوسف رجه الله آخر يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الا جازة والخلاف في الكفالة بالنفس
 والمال جميعا له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه
 في الفصول في النكاح ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود
 شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس (الا في مسألة واحدة)

دابة كانت اذا لا يجب تحميله الذي هو فعله لأنه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي أن لا يجوز
 الكفالة فيه أيضا لأن الحمل أيضا غير واجب على الأصل بعين ما في التي قبلها والحاصل أنه ان كان
 الحمل على الدابة تسليمها فينبغي أن تصح الكفالة فيهما لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه
 كون المستأجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل ينفى أن لا تصح فيهما لأن التحميل غير واجب
 على الأصل والحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس بمجرد تسليمها بل المجموع
 من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكرنا في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها في معينة
 لا بقدر على الاذن في تحميلها اذ ليست له ولاية عليها البصحة اذ هو معنى الحمل وفي غير معينة
 يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله) ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في
 المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في
 بعض النسخ (أي نسخ كفالة الأصل عن أبي يوسف) (الا جازة) بل أنه نافذ ان كان المكفول له غائبا
 وهو الاظهر عنه والحاصل أن عنه رايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية
 النفاذ (أنه التزام فيستبد به الملتزم) ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئا
 لأنه مختار في المطالبة لا ملزوم فان رأى المطالبة طالبه والا وأحال المصنف وجه التوقف على
 ما ذكرنا في الفصول في النكاح وهو أن شرط العقد يتوقف حتى اذا عقد فوضولي لا امرأة على آخر
 توقف على الا جازة كما اذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطبه
 فضولي آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه
 فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس) وهذا
 يقتضي أنه لو تم عقدا بقبول فضولي آخر يتوقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف
 بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لاتصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط أن
 يقبل في المجلس ان كان حاضرا فتنفذ أو يقبل عنه فضولي آخر ان كان غائبا فتتوقف الى اجارته
 أورده وقوله (الا في مسألة واحدة) استثناء من قوله لاتصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان هذه

(٥٣ - فتح القدير خامس) والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا الوقيل عن الطالب
 فضولي توقف على اجارته لوجود شرطه قال (الا في مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لاتصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانت
 قال لا يصح ذلك عندهما الا في مسألة واحدة استحضانا

(قوله لان نسخ كفالة المبسوط لم تعدد) أقول أي من محمد فلا يردي تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله)
 في بعض مواضع نسخ المبسوط (أقول فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والأمر هين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول
 مستندا بأنه عقد تبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الإقرار الخ) أقول في العطف تأمل

والقبض من عدمها الماهر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لاجنبى لم يصح فكذا المريض والاستحسان وجهان أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصح المعنى الوصية وإذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطاً قبل في كلام المصنف تسامح لأنه في معنى الوصية لأنه وصية من كل وجه لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال (٤١٨) لأن ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما

إذا دل لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يؤل إلى معنى آخر وجبئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه أي إلى قيامه بمقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عني أبدي فإن قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط وهنا أجاب المصنف بقوله (وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظراً إلى ظاهر حالته التي هو

وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغ ذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرة في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبى اختلف المشايخ فيه

المسألة صححت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه (وهي أن يقول المريض) المديون (لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكفل) عنه (بمع غيبة الغرماء) فإنه يصح استحساناً فالغرماء مطالبته وذكر للاستحسان وجهين أحدهما أن قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفتقر الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة وإذا كان معنى الوصية فكأنه إنما قال لهم أقضوا ديني فقالوا نعم إذا قالوا تكفلنا بما فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بدونه ولو كان حقيقة الكفالة لا تؤخذوا بها حيث تكفلوا فإنهما ماذكر في المبسوط والإيضاح أن حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عام لا لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه فإن قيل غاية الأمر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فإن الصادر منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما على علي فلان فقال كفلت لا يتم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نقوه كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول إلا أمر قبلت أجاب المصنف بقوله (إنما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أي لأن قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وإنما احتج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهنا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة فإن حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة تخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالامر بالنكاح) فيما لو قال زوجي بنتك فقال زوجتكها انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجرى فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لاجنبى) فضمن (اختلاف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لأن الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الاجنبى والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبى أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبى وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته تضيق الحال عليه كذا كرنا في الوارث وهو أوجه وما في المبسوط

عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولها من زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وغشيه بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسليكين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لاجنبى اختلف المشايخ الخ) إذا قال المريض لاجنبى تكفل عني بما على من الدين ففعل الاجنبى ذلك اختلف المشايخ

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعدما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب إلى ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى

فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي اولو ارضه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع في تركه فيصح هـ. اذ من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثله ذلك لا يوجد من الصحيح فتر كناه على القياس أو على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان وهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه ديون الخ) اذا مات المدينون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه دينه انسان وارثا كان أو أجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهي صحة وهو قول الاثني عشرية لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هـ. اذا شأنا فهي صحة بالاتفاق فهذه صحة وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديننا صحاحا هو المفروض وثبوته اما أن يكون بالنسبة الى الدنيا أو الآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه وجب (٤١٩) لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا ببراءة من له الحق أو بأداء

قال (واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالانصح) لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهـ. اذا بقي في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا بقي اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفـ. عمل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب

من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه واجهالة لا تمنع صحة الوصية مبني على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضيق في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكاه هذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا) بل مات مفلسا (فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والاثني عشرية وأكثراهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) عموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنادة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أوديناران فقال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة وقال هما على فصرى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أي الدين (وجوب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء أو البراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على بقاءه كونه بطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولابي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من أحكام الدنيا لا تنقضي بآخذها فيها لافي الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين كذلك (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

الابا براءة من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كما قد عوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل وما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به انسان صح ولو برى المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل أوله مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت وما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد من اشتري بفلس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل

العقد بل لاك الثمن ولم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفاء ما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب

(قوله فمنهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافي الحياة ولا بعد موته الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب بعدموت المكفول عنه لانتقال ما يملكه اليه وتعلق حق الطالب بتركته الحاصل أن الوارث اذا كان مطالب بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس اليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة بخلاف الاجنبي لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلا فإلم يتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافترا ولقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالب بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا تجوز كفالته فاذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الاجنبي وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شيء

يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للأمر به وان قلت فقد يقال المال واجب أجاب المصنف بقوله (لكنه) أي الدين (في الحكم مال) لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتملك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر دين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صاحبة لوجوب الحق عليها ضعف بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبقى أهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى أن المصنف ذكر دليل أي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه الى سبيل الممانعة بأن يقول لانسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط وسيد كر السند بقوله فان الدين (٤٢٠) هو الفعل كان أحق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه

لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفييل أوله مال فخلفه أو الافضاء الى الاداء باق

والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الاضافة أي التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعدم موته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملى وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلا من انشائها والاخبار بهما على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل الوعد بهما وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليطهر طريق ابائهما لا بقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها وبالاقرار بالكفالة بهما حصل المقصود فصلى عليه ونقض اثبات سقوط الدين بمسائل أحدها لومات المشتري مقلما قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع به لالك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين ثانياً أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذ مات مقلما ولو سقط في أحكام الدنيا لم تبقى الكفالة ثالثاً لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعدم موته مقلما وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد المحجور اذا أقر دين فكفل عنه به كفيل صحيح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت أجيب عن الاول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط به هذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملاك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتأخر المطالبة

لهذه النكتة واستغن عن اعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتى (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالوا ولو تبرع به انسان صحيح ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال افلان على ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أدائه وان لم يوجد الدين أصلاً ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقياً في حق المستحق حل له أن يأخذ به منه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مقلما بقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملاك قد يبطل في حق المشتري فلذلك انتقض

العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل أوله مال وبيانه ان القدرة شرط لحق الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أوله مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما اذا عدا ما يجوز أن يكون في الكلام لف ونشروا نقد بخره فخلفه وهو الوكيل أو الافضاء الى ما يفضى الى الاداء وهو المال باق

(قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ) أقول من انه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفة الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره في التقرير رقيب باب صفة الحسن للأمر به في كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه الى سبيل الممانعة الخ) أقول أنت خير بأن منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدد ذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ اشارة الى دليل الثبوت فليأمل (قوله وسيد كر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

وعلى هذا يشترط في القدرة ما تنفس القادراً وخلفه أو ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذا افضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله

نحن بما عندنا وأنت بما * عندك راض والرأي مختلف

وبمعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهم باق فان الخلف ما به يحصل كفاية أمر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكاف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدلال الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت و بما روى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنائزة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أودينا ان فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على أو أبو قتادة رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قباهما فاذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أو لا وما حديث الانصاري فانه يحتمل أن يكون ذلك من علي أو أبي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعده بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلي ما فعل الدينار ان حتى قال يوما قضيتهم ما فقال الآن (٤٣١) بردت عليه جلده ولم يجبره على الاداء

ولو كان كفالة لأخيه على ذلك والحق ان من قال بأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول بطلان الكفالة عن الميت المقتبس لعدم ما يضم اليه وجاحده منسأهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفّل عن رجل بألف الخ) رجل كفّل عن رجل بأمره بألف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل أن يعطى الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلوا ما ان يكون

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء الالف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عمل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تعلق بمحض أمانة في يده

لحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلح الحي وان كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل
بألف عليه بأمره فقضاءه) أى قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الألف) التى كفل بها (قبل أن
يعطيه) أى قبل أن يعطى الكفيل الألف (صاحب المال) وذ كضمر يعطيه على تأويل المال أو
المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول يعطى والمفعول الثانى هو
ضمر المال المقدم فى يعطيه (فليس له) أى ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه
للساقى وفى وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأجد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يرض الاصيل
ونحن نبين أنه عليك وان الأمانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولو لم عليك
فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين الا الذين ذكرهما المصنف (لانه تعلق به حق القابض
على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال) الخافا بالزكاة المحبلة لاساعى تعلق به
حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقى هذا الاحتمال
(و) الوجه الثانى (أنه) أى القابض (ملكه بالقبض على ما ذكر) يريد ما ذكره بعد سطر فى تعليل طيب

قضاء على وجه الاقتضاء بأن دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدي فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل لا الكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أى في الالف المدفوع وأنشئه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فإلم يبطل هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه حق الطالب ايس له أن يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا لئلا يكون سعيها في نقض ما أوجبه وهذا كن عجل الز كاه ودفعها الى الساعي لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير كاه بعد الحول فإدام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تمحض في يده أمانة

(قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ) أقول لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل (قوله ولو كان كفالة لاجبره على ذلك) أقول في الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق الى قوله لعدم ما يضم اليه) أقول اعلمهم يقولون بضمف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الأصول لانهم اتخرب قال المصنف (فليس له أن يرجع فيها) أقول الضمير المؤنث في فيها راجع الى الالف على تأويل الدراهم (قوله لأن الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقاني وهنا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للفايض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء

فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء ويرج فيه فالرجح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والرجح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين امان يحصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فملكه من حين قبضه كن قبض الدين المؤجل مجعلا وان كان الثاني فلا نه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه يمكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح غنزة مالوا خذرهنا بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام فاضل خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها وليكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل آخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا أي لكونه نازلا من منزلة لو أبرأ الكفيل (٤٢٢) المطلوب قبل أدائه صح وكذا اذا أخذ رهنا أو وهبه منه والى هذا ذهب

(وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حتى الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه آخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا اذا قبضه عليه الا ان فيه نوع خبث يبينه فلا يعمل مع المالك فيما لا يتعين

الرجح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطـلوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بنسبته لملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أي الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أي لكن (آخرت المطالبة الكفيل الى أدائه فنزل) مالا للكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عمل المدينون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن الكفيل حق المطالبة متأخرا أنه (لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه) أي قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل أدائه (فكذا اذا قبضه عليه) يعني اذا كان بحيث يصح الابرأ منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الرجح له (الا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبي حنيفة (ينبئ) عن قريب (فلا يعمل مع المالك فيما لا يتعين) وهو الالف التي قضاء اياها لان

بعض الشارحين وجعل ذمه عليه للمكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمسك ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتماثل ما قبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم المالك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض وعمل الصواب أن يكون توجيه

كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا أن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه مجعلا ملكه فكذا هنا هذا ما سنحلى والله أعلم بالصواب الا ان فيه أي في الرجح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه في مسألة الكفالة بالسكر والخبث لا يعمل مع المالك فيما لا يتعين

(قوله والرجح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كافي مسئلة السكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول كافي شرح الاتقاني

وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد وأما إذا قضا الكفيل فلا نبحث فيه أصلا في قولهم جميعا وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له في قول أبي حنيفة - ومحمد - رحمه الله لأنه يرجح من أصل خبيث وفي قول أبي يوسف يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة ورجح فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكرة حنطة الخ) ما مر كان في حكم الرجح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة قبضها الكفيل من الأصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب وتصرف فيها ورجح فالرجح له في القضاء لما بيناه من ملكه قال أبو حنيفة وأحب إلى أن يرد على الذي قضا يعنى المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله - وفي رواية كتاب البيوع عنه الرجح له لا يتصدق به ولا يرد على الأصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمه الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له (٤٣٣) ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليله - ما أنه ربح في

ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الرجح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه يمكن الخبث مع الملك لا أحد الوجهين أما لا الأصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكفر بنفسه وإن كان كذلك كان الرجح حاصلا في ملك متردد بين أن يقتر وأن لا يقتر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خبيثا فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث وأما لأنه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضاؤه فاذا قضا الأصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام وتقرر به تمكن

وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكرة حنطة قبضها الكفيل فباعها ورجح فيها فالرجح له في الحكم) لما بيناه من ملكه (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضا الكفر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله هو له ولا يرد على الذي قضا وهو رواية عنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فبسلم له وله أنه تمكن الخبث مع الملك أما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضه بنفسه أو لأنه رضى به على اعتبار قضا الكفيل فاذا قضا بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له

البراهم لا تتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكرة حنطة) فدفعه الأصيل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالرجح له) أي الكفيل (لما بيناه من ملكه) أي ملك الكفر وانما يتعين في ضمن بيان أنه ملك المقبوض (قال وأحب إلى أن يرد على الذي قضا الكفر ولا يجب عليه وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك أن ضمير قال لأبي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقال هو له لا يرد عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الأصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (أنه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الأصيل الخ (فيسلم له ولا يبي حنيفة أنه تمكن الخبث مع الملك) لفصوره ملكه بسبب أن الأصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فيقتض ملك الكفيل فيما قبض (أولاه) انما (رضى به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضا الكفيل فاذا قضا بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو فانه - ما وجهان لأن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخبثية وعدم رضا الأصيل بملك الكفيل بما دفعه إليه الأعلى ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكفر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية) أخرى (وهي الأصح لأن الخبث لحق الأصيل) لا لحق الشرع فيرده إليه ليصل إلى حقه (لأن الحق له) وهذا يفيد أنه يطيب له فقهره كان أو غنيا وفيه روايتان والأوجه طيبه له وإن كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الأنه استحباب لا جبر) لأن الملك للكفيل وأعلم أنه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال

الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فلهذا الخبث يعمل في الكفر لأنه مما يتعين والخبث سبيله التصديق في تصدقه ووجه رواية الجامع الصغير أن الخبث لحقه أي الحق الذي قضا فاذا رده إليه وصل الحق إلى مستحقه وهذا أصح لأن الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رده عليه فإن كان فقيرا طاب له وإن كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والأشبه أن يطيب له لأنه انما رده عليه باعتبار أنه حقه هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الرجح للكفيل وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول مخالف لما في شرح الكنز للزبلي من أنه إذا دفع إليه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثمه إلا أن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان

قال (ومن كفل عن رجل
بألف الخ) اذا أمر الاصيل
الكفيل أن يعامل انسانا
بطريق العينة وفسره المصنف
بأن يستقرض من تاجر
عشرة فيتأبى عليه وبيعه
منه ثوبا يساوى عشرة
بخمسة عشر مثلاً لرغبة في
نيل الزيادة لبيعه المشتري
المستقرض بعشرة ويتحمل
خسة ففعل الكفيل ذلك
فالشراء واقع له والربح
الذي ربحه البائع عليه
لاعلى الاصيل وسمى هذا
البيع عينة لما فيه من
الاعراض عن الدين الى
العين وهو مكروه لان فيه
الاعراض عن مبرة الاقراض
مطوعة للبخل الذي هو مذموم
وكأن المكروه حصل من
المجموع فان الاعراض
عن الاقراض ليس بمكروه
والبخل الحاصل من طلب
الربح في التجارات كذلك
والالكائنات المراجعة مكروهة
والالزام الربح للكفيل دون
الاصيل لانه اما كفالة فاسدة
على ما قبل نظرا الى قوله
على فانه كلمة ضمان لكنه
فاسد لان الكفالة والضمان
انما يصح بما هو مضمون على
الاصيل والخسران ليس
بمضمون على أحد فلا يصح
ضمانه كرجل قال لا خربع
متاعك في هذا السوق على
ان كل وضيفة وخسران
يصيبك فأنا ضامن به لك
فانه غير صحيح

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره الأصل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والرجح الذي رجحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً لرغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمدوم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل

أولاً أحب إلى أن يردّه ولا يجب في الحكم أى في القضاء وثانياً لكنه استحباب لا جبر يعنى لا يجب به الحاكم على ذلك فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبره القاضى ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى إذ قد عرف أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه فجاز أن يكون واجباً فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الإسلام في وجه قول أبى حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مما لو كان له ملك فاسد من وجهه فإن الأصل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العدة حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لأن الكفالة لا تبطل بإداء الأصل ولكن تنتهى كما لو أدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكاً فاسداً من وجه صحيحه من وجهه ولو كان فاسداً من كل وجه بأن اشترى مكيلاً أو موزوناً ملكاً فاسداً أو ربح فيه يجب التصديق بالربح أو الرد على المالك لأن الخيب كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب إذا أجز المغموص ثم رده فإن الأجر له يتصدق به أو يردّه على المغموص منه فكذلك في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحاً من كل وجه لا يجب التصديق بالربح ولا رده فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصديق أو الرد على الأصل عملاً بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجح الرد هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف وربح صار محمداً مع أبى حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطالب له عند أبى يوسف لما عرف فيمن غصب من إنسان ما لاوربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لأنه استفاد من أصل خبيث ويطيب له في قول أبى يوسف مستنداً بحديث الخراج بالضمنان (قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره) أى فأمر الكفيل (الأصل أن يتعين عليه حراً) أى أن يشتري له حراً بطريق العينة وهو أن يشتري له حراً بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الذوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل وانما وسطا الثاني تحرراً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بأن يستقرض فيما يبي المقرض إلا أن يبيعه عيناتساوى عشرة مثلاً في السوق بائني عشر فيفعل فيبيع البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب إلى البخل وتحصيل غرضه من الرباط بطريق المواجهة في البيع فلا يصح هنا إذ ليس المراد من قوله نعين على حراً اذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرة بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه والمالك له في الحرة والزيادة التي يخسر ها عليه لأن هذه العبارة حاصلها (ضمنان لما يخسر المشتري نظر إلى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فخسر فعلى وضمنان الخسران باطل لأن الضمان لا يكون إلا عن عموم والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال يبيع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلى أو قال لمشتري العبدان أتى عبدك هذا فعلى لا يصح

واما وكالة فاسدة تظر الى قوله تعين يعني اشترى برابعينه ثم يبعه بالنقد بأقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين
أي غير معلوم المقدار والثلث كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره (٤٣٥) فكيف يكون الثلث مجهولا أجاب بقوله الجهالة

ما زاد على الدين فانه داخل
في الثلث واذا فسدت الكفالة
أو الوكالة كان المشتري
للمشتري وهو الكفيل
والربح أي الزيادة على
الدين عليه لانه هو العاقد
ومن الناس من صور للعين
صورة أخرى وهو أن يجعل
المقرض والمستقرض
بينهما ثالثا في الصورة التي
ذكرها في الكتاب فيبيع
صاحب الثوب الثوب باثني
عشر من المستقرض ثم ان
المستقرض يبيعه من
الثالث بعشرة ويسلم الثوب
اليه ثم يبيع الثالث الثوب
من المقرض بعشرة يأخذ
منه عشرة ويدفعه الى
المستقرض فتدفع حاجته
وانما توسط ثالث احترازا
عن شراء باع بأقل مما باع
قبل نقد الثلث ومنهم من
صور بغير ذلك وهو مذموم
اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم
رسول الله صلى الله عليه
وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم
بالعين واتبعتم أذناب البقر
ذلتكم وظهر عليكم عدوكم
وقيل ايالة والعينة فانها
لعينة قال (ومن كفل
عن رجل عاذا ب له عليه
الخ) رجل كفل عن رجل
عاذا ب له عليه أو عاقضى
له عليه فغاب المكفول عنه

وقيل هو نو كيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثلث غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان
فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفل عن رجل عاذا ب له
عليه أو عاقضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه
ألف درهم لم تقبل بينته)

(وقيل هو نو كيل فاسد) ومعنى على منصرف الى الثلث فاذا كان الثلث عليه يكون المبيع له فأغنى عن
قوله لي فهو نو كيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة قال اشترى حنطة ولم
بين مقداره ولا ثمنها ولو فرضنا أن الثلث معلوم بينه ما هو وقد ما يقع به الا بقاء كان الحاصل اشترى
حريرا يكون ثمنه الذي تبعه به في السوق قدر الدين الذي علمنا وهو لا يقع بين قدر ثمن الحرير الموكل بشراثة
بل ما يباع به بعد شراثة لان الرائد على القدر الذي يقع به الا بقاء غير معلوم (وكيفما كان) نو كيل فاسدا
أو ضمنا باطلا (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة) التي يخسرها (عليه لانه العاقد)
ومن صور العينة أن يقرضه مثالا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر وبأخذ خمسة
عشر القرص منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من
المستقرض الى أجل ثم يبعث متوسطا يشترى بنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف
ثم يحيل المتوسط باثني عشر على البائع الاول بالثلث الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المستقرض وبأخذ
منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكره لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب
البقر ذلتكم وظهر عليكم عدوكم والمراد بانبايع أذناب البقر الحث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد
وتألف النفس الجبن وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وجدوا على ذلك ولم
يعدوه من الربا حتى لو باع كأغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع في قلبي كأمثال
الجبال ذمهم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم
أذناب البقر ذلتكم وظهر عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرب عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو
خياركم فلا يستجاب لكم وقيل ايالة والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع
العينة حتى قال مشايخهم مبلغ منهم محمد بن سلمة يبلغ للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم
وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشبج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها فظروا فيهم
اسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فأين
هو من يبيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج به الدافع ان فعلت صورة يعود
فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر
فكرهه والا فلا كراهة الا خلافا لاولي على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون فيأبى المسؤول أن
يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشترى به المدينون ويبيعه في السوق بعشرة
حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابل له قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب فان
تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدين فمكره أو لمعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات
المواد وما لم ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا
والا فكل بيع يبيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل عاذا ب له عليه أو عاقضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام
المكفول عنه فأقام) رجل (بينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي

(٥٤ - فتح القدير خامس) فأقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى
يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به

(قوله وهو مذموم الخ) أقول لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شيء

وذلك لان المال المكفول به اما مال مقضى به على الاصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب
تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطل
الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لسكينة تتعلق بعلم البلاغة غير
مطابق لدعواه لا طلاقها وتفيد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بكذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بألف
درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قاضى او
يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى ألفا يصح أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف
ما يدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح
لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن أقام البينة ان له على فلان ألف درهم وان هذا كفيل عنه
بأمره قضى به على الحاضر والغائب (٤٣٦) جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق
ذكر المصنف منها اثنين

ذكر المصنف منها اثنين

(قوله فهو وان كان ضعيفا
الخ) أقول لا يخفى عليك ان
حكمه بالضعف لا يوافق
المسئلة الا تية بعد سطرين
ولعل تصديرها بصيغة
التعريض اشارة الى ذلك
(قوله فلا يدخل تحت
الكفالة بالشك) أقول لو
صح هذا لم يتم الجواب في
المسئلة التي مرت آنفا
لمكان الشك (قوله وليس
في لفظ المصنف ما يدل على
ذلك) أقول وليس فيه
ما يأتى عنه (قوله أو مال
يقضى به) أقول ولم يدعه
أيضا كما لا يخفى (قوله ومع
غيبة الاصيل لا يصح)
أقول وليس في كلام
المصنف ما يدل على ذلك
أيضا كما لا يخفى (قوله لكونه

لان المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو
بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ما مضى أريد به المستأنف كقوله اطل الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك
فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل
وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

هذه البينة ولا يقضى به الا انه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون
خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم
اطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فإلم يوجد
الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيل (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب
بعد الكفالة فلم تقم على من انصف بكونه كفيل لا عن الغائب بل على أجنبي اذ لا ينتصب خصما (وهذا
في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى) وهي لفظة ذاب (لان معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء)
بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضى كذا وأقت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي
عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيل وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما
عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره لانه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل
خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن عن ماباعه أو
دأبه أو أقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقدمنا به أو أقرضه بعده ووجد
الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد
القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورتها
في الجامع وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر المكفول عنه فغاب
المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بأمر فلان
عن فلان فاني أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر

الغائب

قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشى الشهير يعقوب باشا فيه ان القضاء على الغائب صحيح في مثل

هذه المسئلة قال في الفصول العبادية اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق واقام
المدعى البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت
الى انكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بأن يقال ان الكفيل يكون هناك خصما بخلاف ما نحن فيه ويؤيد هذا الجواب
ما ذكره العلامة السكاكي في شرحه حيث قال لانه كفل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فإلم يصير المال مقضيا به على المكفول عنه
لا يكون الكفيل كفيل فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح
عندنا وأجدو يصح عند الشافعي ومالك ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين
المقضى به على الاصيل كما شرط في عقد الكفالة ألا يرى انه لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر
الاصيل ومضى عليه حينئذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للدعى به فصحت وقبلت البينة لا بتبناهم على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بمائة الف درهم على ما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم ولكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والثاني الفرق بين الكفالة بامر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهم ما يتغيران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء بغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كانا كذلك فهما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالأخر لأن الحكم انما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعي ألا ترى أنه لو ادعى المالك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو المالك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر (٤٢٧) وقضى بالكفالة بالأمر ببينة ثبت أمره بحجة كاملة والأمر بالكفالة

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالأمر وعدمه لانهم ما يتغيران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء بغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالأخر واذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاه بغير أمر يرجع الكفيل عما أدى على الأمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا

الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصم عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قواه ما بالذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلاف (وانما قبلت) هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعي مطلقة أيضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البينة (وانما اختلف) القضاء (بالأمر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما في الأمر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذ لم يكن أمر فلا يرجع (لانهما) أي الكفالة بالأمر وبغير الأمر (بتغيران لان الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعوضة انتهاء وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالأخر) وهو المعوضة لثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أي بالبينة (بالأمر ثبت أمره) أي أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بأن عليه للدعوى له دينا (فبصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فانها (لا تمس جانبه) أي جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بالأمر المكفول (انما تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل عما أدى على الأمر) حيث ثبت الأمر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره) وهو الاصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل في انكاره الدين على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام

يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاه بغير أمر فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أي الشأن ان صحة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا أبهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر وأقام على

ذلك بينة ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى به على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذ لم يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت معلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت مجهول لا تصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كأنه قال ان كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأنبئه المدعي وسيأتي تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بأمر) يجوز أن يكون فرقا آخر بين ما اذا أقيم البينة على الكفالة بأمر وبين ما اذا أقيم عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالنائب عيانا ولو ثبتت الكفالة بالأمر عيانا يرجع الكفيل عما أدى على الاصيل فكذا اذا ثبتت بالبينة وقال زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقتلنا ما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا

في بطل ما زعمه كمن اشترى شياً وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فبين اشترى عبدا فباعه ورد عليه به يعيب بالبينة بعدما أنكر العيب به ثم أراد أن يردده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله (٤٢٨) خلافاً لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه

بالرد بالعيب كذبه في زعمه وأجيب بأنه انما لم يكن له أن يردده على بائعه لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضى والقاضى انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافتراقا قال (ومن باع دار او كفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دار او كفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على مامر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أى تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلا ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة في البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذا الدرك ثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعى في نقض ماتم من

في بطل ما زعمه قال (ومن باع دار او كفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى سعى في نقض ماتم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع

البينة بخلافه (في بطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفاً بأن البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فبين اشترى عبدا فباعه فرد عليه يعيب بالبينة بعدما أنكره العيب فعند محمد لا يردده على بائعه خلافاً لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة أجيب بأنه انما لا يرد لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضى والقاضى انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أوجه فقال اما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم وكل وجه على وجهين اما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصماً عنه وان كان غائباً والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتوابع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يبرأ الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقاً لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصماً عن الغائب كمن قذف رجلاً فادعى المذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المذوف عليه بينة أنه كان عبد فلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصماً عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك ان أعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب وهذا كله استحسان استحسنته علماء وأما صيانة الحقوق (قوله ومن باع دار او كفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أى تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلا ادعى له لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صح رجوع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيدوا بياضاً (فال كفالة ان كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أى بقبول الكفيل (ثم بالدعوى سعى في نقض ماتم به) ولهذا تبطل شفيعته لو كان الكفيل شفيعاً (وان لم يكن) أى عقداً الكفالة (مشروطاً فيه فالمراد به أحكام البيع

جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعاً بطلت شفيعته وبطلان السعى في نقض ماتم وترغب من جهته من مسلمة هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعي في نقض ماتم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لانقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع

(قوله وبطلان السعى في نقض ماتم الخ) أقول فيه تأمل

وترغب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكين القلب به فصار كأنه قال اشتره هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان أدركك ذلك فأناص من وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال فنزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فان ادعى لنفسه تسلم دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بأنه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار (٤٣٩) بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان

الشهادة على البيع لا تكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما وجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان

البيع أو جرى البيع بمشهدى وأما اذا كتب فيه ما وجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه إلا أن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

وترغب المشتري فيه اذا لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو يباعا بنا فذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن عن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليه ما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه

وترغب المشتري فيه اذا لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكين القلب به (فيتزل) عقد الكفالة (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغير اقراره يصح دعواه اياه أيضا لا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاه بعد شهادته ان كان رسم مكتوبا على الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه يباعا بنا فذا ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه اياها وان لم يقد ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو اقر بالبيع بحضوري والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تسمع دعواه فيها فلهذا كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسمى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كي لا يطرقة التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير ذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) اللام في لرجل لام الملك أي باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أي للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن عن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة) وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أي الى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالب بالمطالبة وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري مالو كل عليه دين بر ولو حلف مالو وكيل عليه شيء حنث

مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها التغير في اللفظ واعلم أن كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجبه فن وكل رجلا يبيع ثوبا ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما أي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصاله في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري مالو كل عليه شيء كان بارا في عيونه ولو حلف مالو وكيل عليه شيء كان حاثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة

ولان المال امانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهم المالكين فصار ضمانا أمينيا لم يكن أمينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغيير الحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في النقر يرتقريرا اما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهم مالو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجوز ذلك ولقائل أن يقول الوكيل كالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال امانة بأيديهم ما اذا لم يضمنافا اذا ضمنا فيكون ذلك رفع الامانة الى الضمان ونحو لا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب أن رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكيل كالة لا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسألة البيع فان الثاني ليس فرع الاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائع صار ضمانا لنفسه وقد تقدم فساد وان صح في نصيبه مفرزا أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليقه لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخار أن يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه (٤٣٠) منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريك لان الضمان يضاف الى

وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريك لان الضمان يضاف الى

ولان المال امانة في أيديهم ما والضمان تغيير الحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضمانا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف الوكيل بالانكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضمانا لنفسه (ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة) فلا يصير مضمونا عليهم ما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك أي لا يصح الضمان أيضا فيما (اذا باع رجلان عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة (بأن ضمن نصف الثمن مطلقا) يصير ضمانا لنفسه لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فاستحق بنصيب أحدهما فلا تخار أن يشاركه فيه فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزأ فظهر ولزم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريك خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين

نصيب شريك فكيف يصح شائع وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضا يجوز لانه قاعد الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذلك اذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريك فكيف يصح شائعا يجب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثاله اعتبار ان اعتبار نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراده لا تعلق له بالباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضا لانه قاعد الاجماع الخ يجب عنه بأنه انما تلزم القسمة فيه

(قوله كان للآخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على الثوب لانه ملكه بعهده (قوله ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريك) أقول تعليل لقوله ولا معنى لما قبل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بأن القسمة في صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجع (قوله نقله صاحب النهاية) أقول نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجب عنه بأن نصيب الشريك الخ) أقول فيه تأمل

لان ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان لا^٢ شر أن يشارك بخلاف ما اذا باعاصفتين بأن سمي كل واحد منهما
ثمن لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لا متياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها
تكون بانحداد الصفة والقرض خلافه واستوضح بقوله ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب
أحدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو انحدت الصفة لم يكن له ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خراجته ونوائبه
وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمه جائز أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان
في الخراج قبل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم
الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه (٤٣١) في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح

ما يفرق به بين الخراج
والزكاة وذكر المصنف
رحمه الله فرقا آخر بقوله
وهو يخالف الزكاة لانها
مجرد فعل اذا الواجب فيها
تملك مال من غير أن
يكون بدلا عن شيء والمال
آلته ولهذا لا تؤدي بعد
موته الا بالوصية

(قوله لان ما اشترى
أحدهما بنصيبه الخ)
أقول قال بعض الفضلاء
هذا غير مطابق للواقع فان
ما اشترى أحدهما بنصيبه
يقع الملك له خاصة وان كان
لا يخرج حق المشاركة
ألا ترى ان له أن لا يشارك
ولو كان واقعا على الشركة
كما كان له ذلك وبالجملة
فوقوع الملك له خاصة
منصوص عليه وسيجيء
ان شاء الله تعالى فلا وجه
لما ذكره الاول أن يقال ان
البيع أمر حكى وبإضافة
البيع الى نصيبه مشاعا
لا يلزم محذور بخلاف

بخلاف ما اذا باعاصفتين لانه لا شركة ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض اذا نقد
ثمن حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجته ونوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد
ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعد موته من تركته الا بوصية

يجوز كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذي
صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان أورد هذا ولكن التعويل
على ما ذكرنا من بدمافرنا من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددا بين كون
الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه ويطل الا قول بما ذكر الناظر ان يختار الثاني ويدفع لازمه
الباطل بما ذكرنا الا أن يفرق بين شرائه حصته وبين ضمانها أو يخص البطلان بما اذا أريد ضمان
النصف شائعا ويحكم بأنه المراد وقوله (بخلاف ما اذا باعاصفتين) يعني بخلاف ما لو باع الشريك
العبد صفتين بأن باع هذا نصيبه على حصته وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه
أو باعاهما وسمي بالكل نصيب ثمنهما ضمن أحدهما صح الضمان (لانه لا شركة) بين ما يحكم الشرع
بذلك ولذا لو قبل المشتري في نصيب أحدهما فيما اذا باعاهما دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصته
أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا أعاد مع تفصيل الثمن
لفظة البيع عند أي حنيفة والافهوعلى قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام
فاضيخان ولو تبرع يعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم
الا بالاداء وعند الاداء يصير مقتطاعه في المشاركة فيصير جواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة
لان التبرع أسرع جوازا من الكفالة ألا ترى انه يجوز التبرع ببذل الكتابة ولا يجوز الكفالة به (قوله
ومن ضمن عن آخر خراجته ونوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله
والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل) هو عليك طائفة من ماله
مقدرة لادين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض
اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين والزكاة ليست
كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس يدين حقيق ولو وجبت في نصاب مستهلك
وانما الهاشبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن
حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لخراج مقاسمة

اضافة الكفالة فان اعتبار الشيوع فيه يؤدي الى أن يصير ضمانا لنفسه من وجه وهو غير مشروع فوضح الفرق واندفع الاشكال ثم في
صورة البيع اذا اعتبرنا اضافته الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد ووقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبارا اضافته
الى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فان الملك للعاقد وان أضاف الى تعدد غيره على ما عرف وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجيء
انتهى ونحن نقول قوله وان كان لا يخرج حق المشاركة غير صحيح أيضا بل ذلك فيما اذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في
الدين المشترك ثم قوله وسيجيء في الصلح في الدين المشترك ثم قوله فوضح الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الفائدة اذ ليس
في كلامه ما يدفع الاشكال

وأما النوايب فقد راد بها ما يكون بحق وقدير ادبها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظيف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بأن احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف ما لا على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لو جوب أدائه على كل مسلم أو جبه الامام عليه لو جوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالقبحر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان به لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعاً ولا شيء عليه ههنا شرعاً وقال بعضهم يصح وعمن يميل اليه الامام البرزوي يرد فخر الاسلام رحمه الله لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام وأما النوايب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينبو به صحت الكفالة به الانهاديون في حكم توجه المطالبة به او العبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها وله ذاقنا ان (٤٣٣) من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجوراً

وأما النوايب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشتركة وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة به على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمه الله وعمن يميل الى الصحة الامام على البرزوي وأما القسمة فقد قيل هي النوايب بعينها أو حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائية الموظفة الراتبة والمراد بالنوايب ما ينبو به غير راتب والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة (وأما النوايب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشتركة) للعامة (وأجر الحارس) للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وفداء الاسارى) اذا لم يكن في بيت المال شيء (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أولزمه ولا شيء فيه (وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فأنها ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذا العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة ما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعديل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها يمكن أن يمنعها بناء على أنهم في المطالبة بالدين أو بمعناه أو مطلقاً (وعمن يميل الى الصحة الامام البرزوي) يرد فخر الاسلام أما أخوه صدر الاسلام فأبى صحة الكفالة به (وأما القسمة فقد قيل هي النوايب بعينها أو حصة منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلاهاء لان قسمة في القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبتهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو وليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائية الموظفة الراتبة والمراد بالنوايب) ما هو منها غير راتب (والحكم) يعني في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما والخلاف في الاخرى ثم من أصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوى أهل محله في اعطاء النائية قال شمس الأئمة

وان كان من جهة الذي يأخذ باطلا وله ذاقنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحصانا بمنزلة ممن المبيع قال شمس الأئمة هذا اذا أمر به لاعتنا كراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع وأما قوله وقسمته فقد بدكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطاً لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأوجب بأن القسمة قد تنجي بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه ان أحد

الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز هذا ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا اقسمة بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تنجي بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوايب بعينها وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو والبيان من باب العطف للتفسير أو حصته منها أي من النوايب يعني اذا قسم الامام ما ينبو به العامة نحو مؤنة كرى النهر المشتركة فأصاب واحدنا شيء من ذلك فيجب أدائه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قبل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير ورواقسمته بالواو ويكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فأشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوايب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل أو وأما اذا كانت هي النوايب بعينها فهو محل الواو الامر وقيل هي النائية الموظفة الراتبة والمراد من النوايب ما ينبو به غير راتب فيل وعمن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

قال (ومن قال لا تخرك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لا تخرك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونه احواله وان قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة وأجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولا يبي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الابحجة اعتبارا بالاقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للبتكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما واقابل أن يقول هب انه لا دين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فللخصم (٣٣٣ ع) أن يقول أقر بالمطالبة مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان

ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقناعا جديا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيهما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولان الاجل في الديون عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على أن ما لا يثبت بشئ الا بشرط

(ومن قال لا تخرك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصل هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما في زماننا فكثر النوائب تؤخذ ظمًا ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقر يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم ما بيننا يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لا خير) المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر ولا يبي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهـ دابة من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو من الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترفه بالمؤجل اعتراف بنوع كالاقرار بمحنة رديئة أو جديدة فلا يلزم النوع الا تخرف القول للمقر كالكفيل وجه قول أبي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق فيه الابحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار أو أنكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذا تظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن فرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والتظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلل الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لا نوعا (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والاخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

(٥٥ - فتح القدير خامس) كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتياله وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصل فيكون الاجل ذاتيالبعض الكفالة منوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليقين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بفساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندي ان الفرق الاول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجمالى كتبته تذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمله على الرايتين عن كل واحد منهما أو منهن من حمله على الغلط من الناسخ وله أن ظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك (٤٣٤) وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان

احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان مجرد قضاء القاضى بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية مالم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ اعتاقه واذالم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذالم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال أبو يوسف في الامالى له ان يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحريه فيه مجرد القضاء بها ثبت للمشتري حق الرجوع فالنقد بين ما وبين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل به لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفه له ان شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل به لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل

الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كالکفالة بما ذاب والدرك فانما أقرب بنوع من مافلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها ضعيفة لقله وجودها فنزل منزلة العدم وهذا مخلص من ادعى مالا وهو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبا وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالجمله أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال معجل فينكر وهو صادق وفي العمود من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به انواء حقه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول بمعنى لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان مجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالبيع (لا ينتقض البيع) أي لا ينقسخ (على ظاهر الرواية) واحتراز ظاهر الرواية عن رواية الامالى عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه الظاهر ما ذكر من أن مجرد الاستحقاق لا ينقسخ البيع بالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ اعتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذالم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحريه العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقه بطلا للملك رأسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فبقي هذا الاحتمال يبقى المالك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتقائه حينئذ وصح في فصول الاسـتـروشي أن للمـستـحق أن يجيز بعد قضاء القاضى وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة أو انها كانت مسجدا أو يشارك الاستحقاق الناقل في أن كلامهم ما يجعل المستحق عليه ومن ثلث ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البيعة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله (وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ باب المأذون واحترز بالاصل عن ترتيب الكاش الا ان فانه ترتيب

ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات باب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما لم يبه أبو يوسف فان محمد أخذ ابى ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجمعه له أصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف

(قوله ووجب للمشتري الخ) اقول فيه شيء الا أن يكون وجب بمعنى ثبت

وزيادته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء ملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبرك به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكره هنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافاً والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما باطل لان الاولى لان هذه اللفظة مشتبهة لا شتران وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهد الرقيق ثلاثة ايام أى خيار (٤٣٥) الشرط فيه وان كل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما تعذر العمل به وأما جواز الثاني أى ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به وأما الثالث

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقيه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل به بخلاف الدرك لانه استعماله في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

أبي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان اصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلاً ثم يزيد عليه تفريعاً تبييناً له (قوله ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة) المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن له رجل ملكه وفي بلادنا يقال خلاص منه وهو مكتوب شراء الجوارى وتقال لنفس العقد لان العهد من العهد كالعقد من العقد والعهد والعقد واحد وتقال على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهد الرقيق ثلاثة ايام أى خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بيناه واذا تعددت المذاهم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان الدرك فانه استعماله في ضمان الاستحقاق عرفاً فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه (أو) تسليم (قيمه) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحاً لانه ضمان الدرك عندهما صحيحاً لكلام فتمت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمن العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمن الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يرد الثمن يفسد لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقاً أما اذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو اراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

عليه فصار مبهما تعذر العمل به وأما جواز الثاني أى ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به وأما الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة أى على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقاً فربما لا يساعده المستحق أو حراً فلا يقدر مطلقاً والالتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلا بمنزلة الدرك تصحح للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه أو تسليم الثمن ان عجز عنه وضمن الدرك صحيح واجب بأن فراغ الذمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال ذكر أبو زيد في شروطه

ان أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفرداً اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا في كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازاً شهرة أمره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضاً ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية وأما ضمان العهدة فقد ذكره في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافاً وذكر بعض مشايخنا ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانت اعتمده على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبع عافاً خروضعاً ليناسب الوضع الطبع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) اذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزید المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف أصيلاً لا وفي النصف الآخر كفيل لا أدى إلى تمام النصف كان عملاً عليه بحق الاصاله صرفاً إلى أقوى ما عليه كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنفق في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لأن الواجب به أقوى لحاجته إلى القبض (٤٣٦) في المجلس وما عليه بحق الاصاله أقوى لأنه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لادين

باب كفالة الرجلين

(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى بـ... دأب ألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزید المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصاله وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أدائنا ثبته كأدائه

باب كفالة الرجلين

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله) وإذا كان الدين على اثنين بأن اشترى معا عبداً بألف أو أوقاً ترضامعا (وكفل كل منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزید المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة) وجهه أن أحدهما (ان كلا منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصاله) ما عليه (بحق الكفالة) لقوة الأول وضعف الثاني (لأن الأول دين) عليه (والثاني مطالبة) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى ثم دعيه على الأضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما ما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا لأن يصرفه بنيتة أو بلفظه إلى أحدهما لأننا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصاله ألا ترى ان المريض اذا اشترى في مرض موته شيئاً كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضاً لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه يصرف بنيتة قلنا التعيين في الجنس الواحد فهو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح اذ في الجنسين يمتد بتعيينه لأنه حينئذ مفيد ثانيماً (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) لكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلصاحبه أن يرجع) بعين ما يرجع عليه به المؤدى (لأن أدائنا ثبته) يعني كفيله بأمره (كأدائه) بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذلك أدائنا ثبته لكن اذا جعله كله

وهي تابعة للدين لا بتناهما على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يرجع الدين عليه او يتصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيم بحق الاصاله شئ فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما مارجحاً للانتفاؤه (قوله ولأنه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال وهو الرجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لأن أدائه)

ثابته كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عني بأمرى فيكون ذلك كأدائي ولو أديت عن بنفسى كان لى ان أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لأن ذلك الذى أديته عني

باب كفالة الرجلين

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما مارجحاً للانتفاؤه) أقول ضمير انتفاؤها راجع إلى المعارضة وضمير الانتفاؤه راجع إلى أحدهما (قوله مستلزماً لمحال وهو الرجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع إلى محال قال المصنف (لأن أدائنا ثبته كأدائه فيؤدي إلى الدور) أقول في الملازمة ما لا يخفى قوله لأن أدائنا ثبته كأدائه عن نفسه بحق الاصاله أو ما يعمه فسلم ولا يفيد وأن أريد كأدائه بحق الكفالة فمضوع وكيف يكون أدائه كفيله عنه كأدائه عن كفيله فليست أمثل

فهو أداني في التقدير فلو أدبت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أداني كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قاله أدى إلى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فبعلته المؤدى عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه إذ ليس على الشريك بحكم الأصالة (٤٣٧) إلا النصف فيفيد الرجوع (وإذا كفل

رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكانت حوالة من المحتمل عليه وإذا عرف هذا فإذا أداء أحدهما وقع شائعا عنهما إذا الكل كفاءة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل الرجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه واللام يمكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتائهما إلا إذا اعتبر بنفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة واللام يرجع إلا بنصفها لأنه لو أداهما حقيقة بنفسه انصرف منها خسون إلى ما عليه أصالة وخسون إلى ما عليه كفاءة وانما يرجع بما عليه من الكفاءة (فيؤدي إلى الدور) وما يؤدي إليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والتغير حكم الشرع إذا وقع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور وأعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فالأول في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبارا بالمؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى عنه لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى إلى الطالب وهو نقض ما يقطع به من الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر إلى أنهم مع الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الأصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتمل عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (وإذا عرف هذا فإذا أداء أحدهما وقع شائعا عنهما إذا الكل كفاءة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجح للبعض على البعض) ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يرجع ما عليه من جهة المدين وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفاءة (وقد حصل الرجوع أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فتقضى به رجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم) لا استواء فيه في العلة فإن أحدهما أعلته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستوموجبها فلذا لا يرجع إلا بما زاد على

رجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالتان على ما مر) أقول قبل ورقتين في تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفلا آخر فهما كفيلان

لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالة عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح لبتاني الفروع المبنية على ذلك فانه قال (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه) ولولم يكن كل منهما كفيلاً عن الاصيل كان الرجوع عليه من كفله عنه لانهما اوقالا (وان شاء) يعني من أدى منهما شيئاً (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفله عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلاً عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله (٤٣٨) على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا أخذ به وهو ظاهر

قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ) اذا افرق المتفاوضان وعليهما ما دين فلا صحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيئاً لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للفرء أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المتفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة (الخ) واحدة بأن قال المولى كاتبكم على ألف الى كذا

ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه (وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لانه كفله بجميع المال عنه بأمره قال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله على ما بيناه ولهذا أخذ به قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحساناً وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقه معلقاً بأداءه ويجعل كفيلاً بالالف في حق صاحبه

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحاً لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتسابه به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب أدائه عني هو كادائي بنفسه فكافي أنا الذي أديته واحتسابه عنه فكأن أأرجع عليه ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعني الكفيلين المتكافئين (على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء رجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفله عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله) (قوله) واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في (الشركة) من ان شركة المتفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكذا كل عن الآخر الا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المدونين بدين واحد والله الموفق (قوله) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلاً كاتبكم على ألف الى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحساناً) خلافاً للائحة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط ولانه كفالة يبدل الكتابة وهو باطل وأيضاً شرط فيه كفالة المسكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحساناً والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المسكاتب والكفالة يبدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراد باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلاً أما بطلان كفالة المسكاتب فلان الكفالة تبرع والمسكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة يبدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديناً صحيحاً ويبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقه معلقاً بأداءه أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما أن أدت الالف فأنحر وهذا وإن يجعل كل واحد منهما كفيلاً بالالف عن صاحبه

قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أي بأداء كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانهما يعتقان بأداء واحد منهما

كما سئذ كره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق عمل على حدة فتعذر تصحيحه به - هذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواءهما في الوجوب عليهم - ما استواءهما في العلة أعني الكفالة فكان كل البذل مضمونا على كل واحد - دمه من مال هذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل فما أداه أحداهما رجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشئ لان مقتضى المساواة ولو لم يؤديا بشئ - أحق أعتق المولى أحدهما أصبح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف - فانه ما رضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتياالا لتصحيح الضمان فكان ضرور بالابتعاد غير موضعها واذا أعتق استغنى عنه (٤٣٩) وانتفى الضرورة فاعتبر بمقابل برقيتهما

ولهذا ينصف وعورض بأنه اذا كان مقابلا لهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى انما هو للتعزز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ بادائه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهم أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضمار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فلا مولى أن يأخذه أيهما شاء أما المعتق فبالكفالة وأما صاحبه فبالاصالة فيلأخذ المعتق بالكفالة تصحيح الكفالة يبدل الكتابة

وسئذ كره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما أداه أحداهما رجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما ولو رجع بالكل لاثبتت المساواة قال (ولو لم يؤديا بشئ أحق أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتياالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر بمقابل برقيتهما فلهذا ينصف للمولى أن يأخذ بمحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

انه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فحمل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصلالة لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما - ما فيقسم عليهم ما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما الان عتق كل منهما معلق عمل عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستواءهما (ولو لم يؤديا بشئ) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وانما جعل على كل منهما احتياالا لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر بمقابل برقيتهما فوجب أن ينصف للمولى أن يأخذ بمحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة) وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبذل الكتابة وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كالمومات وشهود النكاح (فان أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر لم يرجع على الذي عتق (لانه) ربما (أدى عن نفسه)

باب كفالة العبد وعنه

وهي باطلة وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الذبوت فان أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بأمره وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد من آخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

باب كفالة العبد وعنه

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبدأ بالكفالة عن العبد القرب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة مالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره (٤٤٠) فلا يحتاج الى شيء لتأويلها ما اذا أقر العبد باستهلاكه له حال وكذبه المولى أو أقرضه

انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله له حال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدورا التسليم للكفيل فتصح كفاي سائر الديون سواء كانت في ذمة الملى أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسر اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن المطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب لعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا أدى رجوع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ماله لو كان استهلاكه للمال معايناه لوما فانه يؤخذ به في الحال فانما كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير أن يشترط في الكفالة تأجيلا (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذ كر حالا ولا غيره لزوم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا (و) انما (لا يطالب به لعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي يتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كالوكفيل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسر وعدم رضا المولى فانه لو لم يلزم تأخير دين الاستهلاك المعين لعسره وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا يتمكن المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعين فانه ليس فيه أحدهما فينفذ في حقه دفعا للضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع رقبته فيه الا أن يفديه المولى هذا هو المرجع في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبمبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندى كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ

الحال وان كان في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين متأخر عن الاصيل بمؤخر أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ثم اذا أدى الكفيل رجوع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لانتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا أو عبدا فانه يموت بيرا

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كمالو كان حرا وذكروا هذه تمهيدا لبيان الفرق بينهما (فان ادعى رقبه العبد على ذي اليد فكفل به رجل
فان العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبه على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها
واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة (٤٤١) بما على الاصيل وقد انتقل

الضمان في حق الاصيل
الى القيمة فكذا في حق
الكفيل بخلاف الاول أى
الضمان الاول لان محل
ما التزمه وهو العبد قد
فات وسقط عن العبد
تسليم نفسه فكذا عن
كفيله وانما قيده باقامة
البينة احترازا عما اذا
ثبت الملك له باقرار ذي
اليده أو بنكوله عن اليمين
حيث تقضى بقيمة العبد
المبت على المدعى عليه
ولا يلزم الكفيل لان
الاقرار حجة قاصرة الا اذا
أقر الكفيل بما أقر به
الاصيل قال (واذا
كفل العبد عن مولاه
بأمره الخ) اذا كفل
العبد عن مولاه بأمره
فالحال لا يخفى اما ان
يكون عليه دين مستغرق
أولا فان كان الاول لم تصح
كفالة له لحق الغرماء وان
كان باذن المولى وان كان
الثاني صححت ان كانت بأمره
لان ماليتة لمولاه فله ان
يجعلها بالدين بالرهن
والاقرار بالدين واذا كفل
المولى عن عبده فهي
صححة سواء كانت بالنفس
أو المال مدبونا كان العبد

(الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبه العبد فكفل به
رجل فان العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها
قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعنق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق
لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفرير جمع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى
تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال لانه تحقق
الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع
لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره
الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا وانما فرضها في العبد
ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبه وهي قوله (فلو كان ادعى رقبه العبد فكفل به رجل فان العبد فاقام
المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبه العبد على وجه يخلفها قيمته وقد
التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كمالو كفل بالمغصوب
حيث يؤخذ برده عنه فان عجز بقيمته فخالصه انه كفل بماله هو رقبه العبد والمكفول عنه المولى بخلاف
مالو كفل بالمال الذي على العبد فان يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحرفات
الطرمقلسا لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من
الخلاف فيه (قوله) واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعنق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى
بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بنى (و) نقل (عن زفر رجه الله) في شرح الجامع
(انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على
العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة
انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن أمر
السيد له به فالكفيل للعبد عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا
كان على العبد دين لا يملك السيد ماليتة تتعلق بحق الغرماء بها فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليتة فيعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية
ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صححة لما بينا أما كفالة السيد عن العبد فصحة على كل حال
سواء كان على العبد دين أولا فان قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضى من ماليتة وهي ملك
المولى فأى فائدة في هذه الكفالة أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولا معه ليقضى
من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه لبيع وقد لا يبقئ عنه بالدين فلا يصل
الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رجه الله) انه تحقق موجب للرجوع وهو الكفالة
بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر (قد زال)
بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما
قلنا ان واحد منهما لا يستوجب دينا على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

(٥٦ - فتح القدير خامس) أو غير مدبون فاذا صححت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد
عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفرير جمع لان موجب للرجوع وهو الكفالة بالأمر نحقق والمانع وهو الرق قد زال
وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى
لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فأجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وفوض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هنالك لا يستوجب ديناً على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيماذ كرت الحر يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البديل وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلا نه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القيام أن لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن قول القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقراً أي ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضاءها ديناً مستقراً لان التوثيق المطالبة واذا كان غير مستقراً جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزواً واعيا (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو البراء وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببديل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحته به فلا

يخلو ما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقط بتعجز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجز الاصيل نفسه أو مطلقاً ولا سبيل الى كل واحد منهما أما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجز نفسه يرد رقيقاً للمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونقياً للزيادة على الملزم ألا ترى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلاً كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيداً أو زيفاً على

بغير أمره فأجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

بغير أمره) فبلغه (فأجاز فادى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً الا أن يكون العبد مدبوناً حينئذ ثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلا انقلب موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائه حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طوب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا اعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن في نفسه تنافى وقت استيجاب الدين لحر يتهماً اذ ذلك فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببديل الكتابة حر تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر السيد على المكاتب (لانه) أي عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده وان ثبت فانما ثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أي اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (واثباته مطلقاً) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى

الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متقدم مع المقيد فلو ألزمناه مطلقاً لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير ممكنه جائز وأما في غير بدل الكتابة فلا نه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لا بتناثمها عليهم اذ لو لاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً (قوله وانما قال بمال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المسوط انتهى الا أن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملاً (قوله أما في بدل الكتابة الى قوله وتقريره أن الكفالة ان صحته الخ) أقول وتقريره الاول عندى ان مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة وتقرر بالثاني انه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا يصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة في ما قبلنا ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذ لا يخفى نبو كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تميم للدليل والله الهادي الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلا نه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيفه وهو قوله أما في بدل الكتابة فلا نه دين غير مستقر (٢) قوله أن ما يقع في نسخة العلامة البحر اوى أن ما لا يقع وكتب عليهم بالهامش أصل النسخ بحذف الالفية فلي تأمل مع ما يأتي اه

(وبدل السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به للأولى (على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يكونه ديناً غيره مستقر أثبونه مع المنافي) لسان
أحكام المستنسى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتنصيب الحد ودوغيرهما وعلى قولهما تصح لأن بدل
الكتابة لم يكن مستقر السقوط به بالتميز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرم المديون والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة من حيث أن فيها التزاماً بما على الأصل كفاً الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر إذا اشترط موجب
أحدهما للآخر عند ذكر الأخرى لكنه أخر الحوالة لأنها تتضمن براءة (٤٤٣) الأصل والبراءة تفقوا الكفالة

فكذلك ما يتضمنها والحوالة
في اللغة هي النقل
وحروفها كيفما تركبت
دارت على معنى النقل
والزوال وفي اصطلاح
الفقهاء تحوّل الدين
من ذمة الأصل إلى ذمة
المحتال عليه على سبيل
التوثيق وأما شرطها
فستذكره في أثناء
الكلام وكذا حكمها
أنواعها

وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لأنه كالمكاتب عنده

﴿ كتاب الحوالة ﴾

تمكينه من إسقاطه على الأصل لم يتعهد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي
حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب عنده) للعلّة الأولى لأن له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا
يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده وقسمها دون العلّة الثانية إذا بقدر على أن يسقط عنه دين السعاية
بتجهيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لأنه حرمديون عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد
ليس من جنس بدل الكتابة فحائز وأما العبد التاجر إذا كان مولاه ديناً فإن لم يكن على العبددين وأخذ
منه كفيلاً فالكفالة باطلة لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وإن كان عليه دين صحّت الكفالة
لأن كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجباً في ذمته كفاً ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة
بالنفس مثل ذلك أن لم يكن على العبددين لا تصح وإن كان صحّت

﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصل للتوثيق لأن الحوالة تتضمن براءة الأصل
براءة مقيدة على ما سئل بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة
عنها وأيضاً أثر الكفالة أقرب إلى الأصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم
من الإحالة ومنه يقال أحلت زيداً بماله على عمرو فاحتال أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ويقال محتال والمال
محتال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الأصل في محتال الواقع فاعلام محتول بكسر الواو
وفي الواقع مفعولاً محتول بالفتح كما بقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياو ويفتحها في مختار المفعول وأما
صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة إليها بل الصلة مع المحال عليه لفظه عليه فمهما محتال ومحتال عليه
فالفرق بينهم بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل
وهو نقل الشيء من محل إلى محل ويقال للمحتال حويل أيضاً فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين
والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين وهي في الشرع نقل
المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فإنها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون
بالاتفاق وإنما اختلف المشايخ أن الدين أيضاً ينتقل أو لا وسنذكره من قريب فلو أريد التعريف على

﴿ كتاب الحوالة ﴾

قال في البدائع الأصل أن
كل ما لا تصح الكفالة به
لا تصح الحوالة به انتهى
وفي التارخانية أنه يجوز
إحالة المكاتب سيده على
رجل مقبض بدين أو
غصب أو ودية وإذا
صحّت الحوالة برئ
المكاتب وعق وقال فيه
وان أحال سيده غيره
على مكاتبه ولم يقبضه يبدل
الكتابة لا تصح وإن قبض
يبدل الكتابة صحّت وصار

المكاتب وكذا عن السيد باداء بدل الكتابة إلى غيره ولا يعتق مالم يؤد فان مات سيده قبل الاداء إلى آخر ما ذكر في التارخانية قال
الانقائي يحتاج ههنا إلى معرفة أربعة أشياء المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتال له وهو الدائن والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتال
به وهو المال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيداً بماله على رجل فاحتال أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ومحتال والمال محال
به والرجل محتال عليه ومحال عليه وتقدير المحتال في الفاعل على محتول بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقولهم للمحتال له لغو لأنه
لا حاجة إلى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل (قوله والبراءة تفقوا الكفالة) أقول إذا لم يكن بأمر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحوّل
الدين إلخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجي

قال (وهي جائزة بالدين الخ) الحوالة جائزة بالدين دون الايمان أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبو داود في السنن وقال حدثنا القعني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل أمره بالتباعد والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأمورا به من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فإنه لا يقدّر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالدين فلا تنافي عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في (٤٤٤) العين وتقريره الحوالة فتحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محمول شرعي

وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فصار أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذب فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتمل فلائن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتمل عليه فلائنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قال (وهي جائزة بالدين) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبسع ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالدين لأنها تنافي عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتمل فلائن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتمل عليه فلائنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قول الناقلين بخصوصهم قبل نقل الدين أو قول الناقلين قبل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالدين) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع متفق عليه وأما باقظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلق الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبسع ورواه أحمد وابن أبي شيبه ومن أحيل على ملي فليحتل قيل وقديروى فإذا أحيل بإفاء فيفيد أن الأمر بالتباعد للملاءة على معنى أنه إذا كان مطلق الغني ظلما فإذا أحيل على ملي فليتبسع لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد لا وجوب والحق الظاهر أنه أمر بإباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فإن بعض الأملاء عنده من اللد في الخصومة والتعسير ما تكثرت به الخصومة والمضاررة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المدين والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازين للفظ الأمر في إطلاق واحد فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد والافهود دليل الجواز للاجتماع على جوازها دفعا للمعاجة وانما خصت بالدين لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الايمان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحتال عليه) أما المحتمل فلائن الدين حقه وهو (أي الدين الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذم متفاوتة) في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضاه) والالزم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتمل عليه فلائنه) الذي (يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه) ولو كان مديونا للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ويسر ومعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه)

يستوفيه بنفسه وبغيره كالموكل في الاستيفاء أو ما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجتماع وقبلنا عاجلا أنه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بإمينة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحكم اظهر للالتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بأن ذوى المروآت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

(قوله وقبلنا أنه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فإن الدين كان ثابتا في ذمته فليست أم قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتمل عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف بإداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل

لان المحال عليه لا يرجع عليه اذ لم يكن بامر قبل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع عليه اذا كانت بامر وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانما حينئذ تكون اسقاط المطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضا والتظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداء أو هام من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول حالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزبادات وعلى هذا اشتراط مطلقا كاذب اليه الاثمة الثلاثة بناء على أن ابقاء الحق حقه فله ابقاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراط مطلقا كاذب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزبادات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة بركنها وشروطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضاه من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه من اختلافهم من ذهب الى أنهم اتوا ببراءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنهم اتوا ببراءة عن المطالبة ومنه أن ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا ذهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا ابرأه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن نصح ولو أبرأ المحال عليه أو ذهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه وما يدل على الثاني أن المحتال اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كبراء الكفيل (٤٤٥) ولو انتقل أصل الدين الى المحال عليه وجب أن يرتد برده كالأبرأ المحيل

لانه لا يرجع عليه اذ لم يكن بامر قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما

عاجلا بان دفاع المطالبة عنه في الحال وأجلا بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا بامر) وحيث تثبت الحوالة بغير رضا كان بغير امره وأول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان للحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه فلا تصح الا برضاه كذا في الخبازية واشترط رضا المحيل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان للحيل ابقاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا ونقل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها على فرضي الطالب وأجازت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو حال على غائب فبلغه فأجازت (قوله) واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

أن يرتد برده كالأبرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان ابراء حينئذ يكون تملك الدين من عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد ما للمحتال يجب برئ المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالأجنبي والأجنبي اذا تبرع بفضاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح لبراءته بالحوالة وعند محمد على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه انصرف في تحويل الدين فيجب

تحويله وقيل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تطهر فالراهن اذا حال المرتن بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كالأبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترد كالأجل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته اذا التحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذلك رها لان انتقال الدين بلامطالبة يستلزم وجود الملتزم ولا لازم وهو ممتنع فاكفي بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها بالاء وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثيق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم لا تخلع

(قوله قبل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو الكافي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقل من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراط الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لان انتقال الدين بلامطالبة اين) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لان المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لانقائه اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليست بل فان الكلام محلا بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما عقد توثيق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعيين كافي الكفالة فيها كما تقدم

وهو يقتضي بناء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بالحوالة بغير أمر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجالي والحواب أنا لانسلم أن لا نقل فيها فانها بعد أداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء (قوله والتوثيق باختبار الاملا) جواب لرفر وتقريره سلمنا أن كل واحد منهما عقد توثيق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثيق يتحقق معها باختبار الاملا أي الاقترع على الابقاء لبسطة سمعت ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مما طلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب وقوله (وانما يجبر على القبول) جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح ذلك لا تنقل الدين من المحيل وصار اجنبيا منه فاذا انقده كان الواجب أن لا يجبر المحيل على القبول أي لا ينزل منزلة القباض اذا ارتفعت الموانع بين المحيل والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وباداء الاجنبى المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتفسير الجواب لانسلم أن المحيل متبرع في النقود وانما يكون متبرعا كالاجنبي ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو يحتمل فلا يكون متبرعا

عقد توثيق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثيق باختبار الاملا والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا انقده المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم يتقرر في خلاف زفر القائلون ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمائل ذكرها محمد تقتضي ذلك فنهان المحيل اذا أبرأ المحيل عليه يصح ولا يرتد بده كبراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحيل عليه وجب أن يرتد بده كالأبرأ المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التملك ومنها ان المحيل اذا انقده المحيل ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بماله المحيل فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحيل اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحيل عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه وتوكل الاجنبى بقبض الدين صحيح ومنها ان المحيل اذا أبرأ المحيل عليه لا يرجع المحيل عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحيل عليه يرجع به على المحيل كافي الكفيل الا ان لم يكن للمحيل عليه دين والا لتقيافا صا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابرأ والهبة في حقه سواء فلا يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلو بان المحيل اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابرأؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين احدهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند أبي يوسف كالأبرأ عنه وعند محمد لا يسترده كالأجل الدين بعد الرهن والثانية اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه يرى بالحوالة وعند محمد يصح ويرى المحيل لان أصل الدين باق في ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهم بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص ينقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذا الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات المحيل عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها نعم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها في خلافة زفر هذه اذا عرف المذهب حينئذ جئنا الى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثيق ولم ينتقل فيه الدين ولا المطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل في معنى التوثيق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم) لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشرعية) المسماة باسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها باسمائها (قوله عقد توثيق) والتوثيق أن يطالب كلا منهما ما قلنا بل التوثيق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختبار الاملا واليسر في القضاء فيكتفى به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثيق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصيل أما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تنبئ عن النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لرفر ان تحقيق التوثيق يحصل

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن ينوي حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل أي إذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ إلا أن ينوي حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان نوى لأن براءة المحيل حصلت مطلقة أي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن غنة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود إلا بسبب جديد كافي البراءة ونأي عما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به على آخرقات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعده الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لنظا (٤٤٧) أو مطلقا والثاني ممنوع والاول

مسلم لكن لا يفيد كم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول إنها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وإن كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لأن المقصود من شرع الحوالة التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثاني لأنفس الوجوب لأن الذم لا يختلف في الوجوب وإنما تختلف بالنسبة إلى الإبقاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونه هو المطلوب فإذا فات الشرط عاد الحق إلى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فإنه يتفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وإن لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشئ وهو إذ يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفوائده

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن ينوي حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان نوى لأن البراءة حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له أذهو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفوائده لأنه قابل للفسخ

باختيار الامتلاخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق وقوله وإنما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل إذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وإنما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المستعمل إليه بعينه ممكنا مخوفا قد يتوقع فأما أن كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل تلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقض لأصلها إذا وقعت بغير إذن المحيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى إذ ذلك على المحيل شئ إلا أنه قد يقال لو صح هذا الصبح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه إذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق أن أصل الجواب ساقط فإن انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكافة وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل إلى محل هو ذمة المحال عليه وعندى أن الجواب هو أن الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لانه حقيقة الحوالة أن كان فعل المحيل الإحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لا انتفاء الفعل منه والنقل إنما هو في حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه جمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو لا لزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المدين فلم تكن حوالة والاستعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن ينوي حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان نوى) بموت أو أفلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد وعن أحمد إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك لأن الأفلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالبيع ولأن المحيل غره فهو كالوداس المبيع يرجع به (لأن البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد) ولا سبب فلا يعود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخرقات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعده الله فذم رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بمعنى بشرط السلامة وإن كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو أن المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لأن الذم باعتبار هذا القدر من مساويفه وإنما تفاوت في إحسان التضاء وعدمه فالقصد التوصل إلى الاستيفاء من المحل

أي لفوات المقصود وهو السلامة لأنه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة أنفسخت وكل ما هو قابل له إذا فات المقصود منه يتفسخ كالشئ إذا وجد المبيع معيبا واختار ردّه فإنه يتفسخ المبيع ويعاد الثمن وإن لم يشترط ذلك في العقد لما مر إشارة إلى عبارة آخرين منهم وهو يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقين المشايخ رحمه الله

(قوله كان له على علي رضي الله تعالى عنه الخ) أقول ليس في حديث علي كرم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما معنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل الاجماع وعورض بأن المحال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين أن ياباها بقاء لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار أحدهما (٤٤٨) تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين

أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمولى اذا أعتق عبده المصدون فاختار الغرماء استسماه العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه اما أن يريد به شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين به بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الأصل لان اختيار الخلف وترك الأصل لم يكن للتوثق فإضافة انواء الحق الى وصف يقتضى ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الأمرين اما أن يجعد المحال عليه الحوالة فيخلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ

فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين اما أن يجعد الحوالة ويخلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا)

الثاني على الوجه الاحسن واللام ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كالمو صلح على عين فهلك قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ما روى عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوف في المحال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح بمثل ذلك وهذا ان الحديثان من عارضان فان كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافأ هذا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقيل بفسخ الحوالة أي بفسخها المحال ويعاد الدين كما شترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل تنفسخ ويعود الدين كما لم يبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افساس تنفسخ ويعود وفي الجحود بفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا الوات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار وله اذا كمل ما ظهر لاحدهما مال أخذه كافي الكفيل والكفول عنه اذا مات مفلسين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة جعل كلمة بعوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولاه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والالجاز لا محتمل أن يشتري شيئا من غير المحال عليه كما يجوز أن يشتري به من المحال عليه وقواهم لو لم يكن كالمقبوض صار ديننا دين انما يلزم لو كان الفصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحال به ما فلو افتراق من غير قبض بفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون المحال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحال آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال بقسم دينه على الحويل بل بين المحال وبين الغرماء بالخصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحوالة ملكا للمحال لان تعليق الدين من غير من عليه الدين لا يتصور امكن تعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت البديل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برفقته وكسبه ثم لو وجب بعبد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله بكل من أمرين اما أن يجعد الحوالة ويخلف ولا بينة له عليه) للمحال ولا للمحيل فقوله (له) يعني كلاما من المحيل والمحتمل (أو يموت مفلسا) لا مال له معينا ولا ديننا ولا كفيل عنه بهين

المحال

لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مفلسا

قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بأن اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة للشترى وهذا التقرير يناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريق المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما معنيين مختلفين

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما في الاول فلما ذكرنا وأما في الثاني فلانه لم يسبق نعمة
بتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للتحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لبراءة اسقاط فلما
تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالاه - اذن ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن
الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قال التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه
فصار كوت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا بتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادر رايح وقد تقدم معناه في الكفاية فلم يكن
كالموت ولومات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع عيینه على
علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذا فليس بعد (٤٤٩) أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان

افتقر وفلسه القاضي أي
قضى بافلاسه حين ظهر له
حاله كذا في الطلبة قال
(واذا طالب المحتال عليه
المحيل الخ) اذا طالب المحتال
عليه بمثل مال الحوالة مدعى
قضاء دينه من ماله فقال
المحيل أحلت بدين لي عليك
لم يقبل قوله ويجب عليه
مثل الدين لان سبب الرجوع
وهو قضاء دينه بأمره قد
تحقق باقراره الا أنه يدعى
عليه ديناً وهو ينكر والقول
قول المنكر والبيئة للمحيل
فان أقامها بطل حق المحتال
عليه في الرجوع فان قيل
لم لا يجوز أن تكون الحوالة
اقراراً منه بالدين عليه
أجاب بقوله لانها قد تكون
بدونه أي الحوالة قد تكون
بدون الدين المحال عليه فيجوز
انفكاكه عنه وحينئذ
يكون التقييد بالدين
تقييداً بلا دليل (واذا طالب
المحيل المحتال بما أحاله به فقال

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالاه اذن الوجهان ووجه
ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده
خلافا لهما لان مال الله غادر رايح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل
أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو
قضاء دينه بأمره الا أن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقراراً منه
بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك
لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فاقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه
الدين وهو ينكر ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيینه

المحتال وعندهما بهذين وجه آخر وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح
عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث ماله فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى
التلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو توناو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي
الشافعي والمبسوط القول للطالب مع العيّن على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم
انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع العيّن لانكاره عود الدين
(قوله) واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل (انما) أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله
وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بأمره ولان المحيل يدعى ديناً عليه
وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقراراً بالدين عليه لاننا نقول
ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي
حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالاداء من وجهه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به
وقال اني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فاقول للمحيل لان المحتال يدعى
عليه) أي على المحيل (ديناً وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل ووجه قال الشافعي في وجه
وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر افا قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو
قول أجد وقول المصنف (ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيینه) جواب
عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونهما بالدين أظهر فالحوالة متواطئ فيهما والا فادعاه
مجازاً متعارفاً يخص قوله - ما فان الحقيقة عند أبي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس

(٥٧ - فتح القدير خامس) انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فاقول قول المحيل

فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولقطة الحوالة ومعناه أن
دعواه تلك دعوى مأهوناً من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى
الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع عيینه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما سيحى في كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجع قال العلامة الكاكي قيل المجاز لا يعارض الحقيقة
فاحتمال المجاز لا يخرج عن ارادة الحقيقة أجب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرج عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرج عن كان محتملاً فلا
يدل على الاقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شيء

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يفيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب والثاني أن يفيد بها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي أن يرسلها رسالاً لا يفيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وأن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي أن يحيل المدينون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على المحال عليه كذلك لأنهم يتحولون من الأصل إلى فيتحول على الصفة التي على الأصل والفرض أنها كانت على الأصل حالة فكذلك على المحال عليه وليس للمحال عليه أن يرجع على الأصل قبل الأداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصل مؤجلاً فيحيل مؤجلاً على المحال عليه بذلك الأجل (٤٥٠) فان المال يكون على المحال عليه إلى ذلك الأجل لأنه قبلها كذلك إذا عرف

هذا فقولوه ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذي في يد المحال عليه بالوديعة وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الادعاء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الأداء فكان أقدر والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج إلى كسب والدين قد يحتاج إليه وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلا تكون جائزة بالعين أبعد فان هلك الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتفديدها أي لتفديدها بالوديعة لأنه ما التزم الأداء إلا منها فيتعلق بها ويبطل

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فان هلك برئ) لتفديدها بما فانه ما التزم الأداء إلا منها بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب لأن الفوات إلى خلف كلافوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه

الأئمة حين استبعدوا التواطؤ وتقدم الجواز المتعارف فحملها على ما إذا استوفى المحال ألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحال عليه بهذه الألف فيقول المحال كان المتاع ملكي وكنت وكيلاً في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسى فالقول للمحيل لأن أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع والبدل كان للمحيل فالظاهر أنه انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق أنه لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لأن ثبوت الدين على الإنسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لابد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالاته مثل له على أو في ذمتي لأن فراغ الذمة كان ثابتاً بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته إلا بمثل من اللفظ ومنه نحوه قوله أترنم في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في أترنمها على الألف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء) لتيسر ما يفتى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلك برئ) المحال عليه وهو المودع (لتفديدها بها) أي لتفديدها بالوديعة التي هلك (فانه) أي الرجل (ما التزم الأداء إلا منها بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة) عين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلاً فانه إذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لأن) له خلفاؤه (الفوات إلى خلف كلافوات) فبقيت متعلقة بخلافه فيرد خلفه على المحال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) بأن يسهل بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة وبعين مضمونة وبعين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعني الأقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لأن الحوالة) لما قيدت بها

تعلق

بها كلها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الألف

مغصوباً عند المحال عليه وفيد الحوالة بها ببيان لجوازه بالعين المغصوبة وانما إذا هلك لا يبرأ الغاصب لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً فكان الفوات بها لا كه فواتها إلى خلف وذلك كلافوات فكان باقياً حكماً وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ببيان لجوازه مقيدة بالدين كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمدين على آخر كذلك وأحال المدينون الطالب بدينه على مدينه بألف على أن يؤديه من الألف التي للطالب عليه فانما جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا وبالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها

(قوله والمطلقة إلى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله ببيان لجوازه خبره

لانه تعلق به حق المحتال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما التحيل عليه أو بيده فتعلق به حق استيفائه وأخذ التحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذها ولو دفعها المودع أو غيره الى التحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق (٤٥١) المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء

اشارة الى حكم آخر يخالف

حكم الحوالة حكم الرهن

بعد ما انفقافي عدم بقاء

حكم الاخذ للتعيل

والراهن وهو أن الحوالة اذا

كانت مقبوضة بالعين أو

الدين وعلى التحيل ديون

كثيرة ومات ولم يترك شيئا

سوى العين الذي له بيد

المحال عليه أو الدين الذي

عليه فالمحال اسوة للغرماء

بعد موته خلافا لفرجه

الله وهو القياس لان دين

غرماء التحيل تعلق بمال

التحيل وهو صار اجنبيا

من هذا المال ولهذا

لا يكون له أن يأخذه في حال

حياته فكذا بعد وفاته

ولان المحال كان أسبق تعلقا

بهذا المال لتعلقه في صحته

وحق الغرماء لم يتعلق في

صحته فيقدم المحال على

غيره كالمرتهن فلنا العين

الذي يد المحال عليه للتعيل

والدين الذي له عليه لم يصير

ملاو كالمحال بعقد الحوالة

لا بد او هو ظاهر ولا رغبة

لان الحوالة ما وضعت

للتملك وانما وضعت للنقل

فتكون بين الغرماء وأما

المرتهن فانه ملك المرهون

يدا وحسب فثبت له نوع

اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشارك فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك التحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا

وقوله بخلاف المطلقة لان الحوالة المطلقة وانما لا تبطل بأخذ التحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن

لا تعلق الحق المحال به أي بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة

وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب والتحيل أن يأخذ ماله مع بقاء الحوالة كما كانت

لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت التحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبة فبأخذ ذمته منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ماله عنده

(تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ التحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى التحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر انه لو هلك التحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وان كان) أي المحتال (أسوة للغرماء) فيه (بعد موت التحيل وهذا لانه لو بقي) للتحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فبأخذ ذمته بطلت الحوالة) الواقع (انها حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديننا أو عيننا والفرق ما قد مناه انه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة للغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء التحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر تنقيذ الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة المقبوضة بالدين أو العين انه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح البراءة وكان للتحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للتحيل أن يرجع على المحتال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلكل المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع التحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف البراءة فانه في الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين التحيل فبقي دين التحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) بتصل بقوله لا يملك التحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقبوضة كما ذكرنا ومقبوضة وهي أن يقول التحيل للطالب أحلتك بالالف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديه من المال الذي لي عليه فاذا حال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة أو موصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أي الشأن (لا تعلق الحق المحتال به) أي بذلك العين أو الدين لو فوجها مطلقة عنه (بل بذمة المحتال عليه) وفي الذمة سعة (فبأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بألف وهي على التحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الاصيل قبل أن يؤدي ولكن له اذا لزم أن يلازمه واذا حبس أن يحبس والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف الى سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي أن تثبت مؤجلة كافي الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل بأي صفة كان فلو مات التحيل لم يحل المال على

اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشارك فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك التحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لان الحوالة المطلقة وانما لا تبطل بأخذ التحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن لا تعلق الحق المحال به أي بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الوديعة والغصب والتحيل أن يأخذ ماله مع بقاء الحوالة كما كانت

قال (ونكره السفاتيخ) السفاتيخ جمع سفجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سفته يقال الشيء المحكم وسمى هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع الى تاجر ما لا يقرضه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا ما لا يقضيه المستقرض في بلديده سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع

(٤٥٢)

المقرض وانما يدفعه على

استفيد بالقرض وقد

نهى رسول الله صلى الله

عليه وسلم عن قرض جر

نفعاً وقيل هذا اذا كانت

المنفعة مشروطة وأما اذا

لم تكن فلا بأس بذلك ثم

قيل انما أورد هذه المسئلة

في هذا الموضع لانها معاملة

في الديون كالكفالة والحوالة

فانها معاملة أيضاً في الديون

والله أعلم

قال (ويكره السفاتيخ وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفاد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعاً

كتاب أدب القاضي

المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأني ذلك في حق المحتال عليه لانه حتى يحتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في احكام الدنيا والتحقيق بالاجانب ولو مات المحتال عليه قبل الاجل والحيل حي حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على الحيل الى أجله لان الاجل سقط حكم الحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلساً بقتضة ما في ضمانها وهو سقوط الاجل كالموابع المديون بدين مؤجل عبد من الطالب ثم استحق العبد اعادة الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاتيخ) جمع سفجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع في بلدة الى مسافر قرضاً يدفعه الى صديقه أو وكيله مثلاً في بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعاً رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة أنبأنا سوار بن مصعب عن عماره الهمداني قال سمعت علياً رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعاً فهو ربا وهو مضعف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم في جرثمه المعروف عن سوار أيضاً وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفجات حرام وأعماله به مروى بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكروا ابن الجوزي في الموضوعات وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شبة في مصنفه حدثنا خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيره ان كان السفطي مشروطاً في القرض فهو حرام والقرض به هذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطاً جاز وصورة الشرط ما في الوقعات رجل أقرض رجلاً ما لا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خيفه وفي كفاية البيهقي سفاتيخ التجار مكرهة ثم قال الا أن يقرض مطلقاً ثم يكتب السفجة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاها بأحسن محاله عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطاً قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهراً فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة انه لم يقعد في ظل جدار غريبه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعاً بملكه كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً وانما أورد القدوري هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم

كتاب أدب القاضي

كتاب أدب القاضي

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاحب النهاية

كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الاشارات في كتاب الرجوع من شهادة السكا في القاضي بتأخير الحكم آثم وعزل وعزرائتهى قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا الحديث عـ رضي الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم ومن ذوى

الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضراراً للصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قلده من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات تقع في البياعات والديون أعقبها بآية طوعها وهو قضاء القاضى والقاضى يحتاج الى خصال جيدة يصلح بها القضاء
وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل فله أوز يدويجوز
أن يعرف بأنه ملكتة تعصم من طمته بعمائشيه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الايمان بالله
عالي أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم أجمعين (٤٥٣) قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها

هدى ونور يحكم بها النبيون
وقال وأن احكم بينهم بما
أنزل الله ولا تتبع أهواءهم
قال (ولا تصح ولاية القاضى
الح) لا تصح ولاية القاضى
حتى يجتمع في المولى بلفظ
اسم المفعول واختاره على
المتولى بلفظ اسم الفاعل
اشارة الى أن القاضى ينبغي
أن يكون قاضيا بتولية
غيره لا بطلبه التولية شرائط
الشهادة من الاسلام
والحرية والعقل والبلوغ
ويكون أى المولى من أهل
الاجتهاد أما الاول يعنى
اشتراط شرائط الشهادة
فلان حكم القضاء يستق
أى يستفاد من حكم
الشهادة

(قوله لما كان أكثر المنازعات
الح) أقول ما ذكره يقتضى
إرادته عقيب كتاب الدعوى
وأيا كان ينبغي أن يبين وجه
التأخير عن الكتاب الذى
قبله على ما هو دأبهم (قوله
قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة
الح) أقول ليس في الآية
دلالة على أمر الله تعالى
كل مرسل به قال المصنف
(حتى يجتمع في المولى)
أقول قال في الكفاية المولى

قال (ولا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما
الاول فلان حكم القضاء يستق من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة الى قطعها أعقبها بآية هو القاطع لها
وهو القضاء والادب الخصال الجيدة والقاضى محتاج اليها فأفادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضى أن
يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الجيدة أدبالا نه تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون
الدال هو الجمع والدعاء وهو أن تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه أدب زيد بادب أدبا بوزن
ضرب يضرب ضربا اذا دعاك الى طعامه فهو أدب والمأدبة الطعام المصنوع المدعو اليه ومنه قول
طرفة بن العبد يدح قومه بنى بكر بن وائل

ورفوا السؤدد عن آبائهم * ثم سادوا سؤدد اغبر زمير

نحن في المشتاة ندعو الجفلى * لا ترى الادب فينا بئس تقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنه
أيضا مأدبة الله فمعلموا من مأدبته بفتح الدال أى تأديبه وكان الاخر يجعلها للغتين قال أبو عبيد لم أسمع
أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل اعلان كلها ترجع الى الختم والقراغ
من الامر يعنى بأكاله وفي الشرع يراد به الازام ويقال له الحكم لما فيه من منع اطالم عن الظلم من
الحكمة التي تجعل في رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلا وامتنع الكل أنوا هذا اذا
كان السلطان لا يفصل بنفسه فان فعل لم يأثموا كافي البرازية ولا سلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه
لا بد من اصال الحقوق الى أربابها بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به
نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى
فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذوا وقال له بم
نقضى فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم قال فان لم تجد قال أجتهد
برأى فأقره وعليه اجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة
ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدورى وذكر المولى على لفظ المفعول للاشارة بانه ألقى عليه
الفعل من غير طلب له منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم
القضاء يستق من حكم الشهادة) يعنى كل من القضاء والشهادة يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة
من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعشى ولا محدودا في قذف والكمال فيه أن يكون عدلا
عفيفا عالما بالسنة وطريق من كان قبله من القضاة (فرع) قلد عبد فعتق جاز أن يقضى بتلك
النوابة من غير حاجة الى تجديد كالموت يحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب
القضاء وذكر بعد ورقة لو قلد قضاء مصر لصبي فأدر له ليس له أن يقضى بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء
فأسلم قال محمد هو على فضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية
وبه مانع وبالعق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافر اذا

على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير اياهم دون طلبه وهو الاولى للقاضى على ما يحى مان شاء الله تعالى انتهى وفي
وجه الدلالة نوع خفاء فانه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا بطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة التفعّل فان التكليف الذى
يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أى شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذى تقدم في قوله
حتى يجتمع في المولى

لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء كما كانت أعم أو أكل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها وورع بالقرح المصنف بقوله فيستحق استعارة الاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جازا لا أنه لا ينبغي أن يقلد لانه لا يؤمن في أمر الدين لقلته بمبالاة فيه كفاي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عند بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة تنظر الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالغيرة والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسر ها وهي معروفة أو غيرهما مثل الزنا وشرب الخمر لا ينزل اذالم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الأمر وهذا يقتضي نفوذا أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره مالم يعزل واليه أشار الامام البرزوي وقوله وهذا إشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه ينزل بالفاسق وهو اختيار (٤٥٤) الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة الى ذلك والى ما تقدم

من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا

(قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالة على الصغرى كلام يدفع بما في النهاية من اعتبار الشهيرة قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أي مرجعهما الى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حرا مسلما بالغيا عاقلا عدلا كفاي الشهادة لا أن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية ينبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكال الشئ

لان كل واحد منهم ما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا أنه لا ينبغي أن يقلد كفاي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله

أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وماتة دم تحيز واذالم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا فمات في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا وتقليد القضاء منه غير انه بعد نفسه تبعه لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا يعزل الا بعزله نفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتعضى المرأة في كل شئ الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا الخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو لم يصح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية قولي (فسق) وجاز (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلا لأهلية القضاء وهذا لان الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكل من ولاية الشهادة) أقول اذ به يقطع النزاع (قوله أو مرتبة عليها كانت أولى الخ) أقول في ثبوت الاولوية في صورة الترتيب بحيث كما لا يخفى لا يقال ان القضاء بالشهادة كما كان مشروطا بها يكون شرط الشهادة شرطها بالطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد بالعدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون مفعله قضاء (قوله وهذا إشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى أن الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون إشارة الى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر

والاول اظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله في النواذر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل
شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه (وقال بعض
المشايخ انه اذا قلد الفاسق يصح ولو قلده وهو عدل ففسق بنعزل به لان المقلد اعتمد عدالة في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان
التقليد مشروطا بقاء العدالة فينتفي بانتهائها واعترض بأن قول الفقهاء البقاء (٤٥٥) أسهل من الابتداء في جواز

التقليد مع الفسق ابتداء
والعزل بالفسق الطارئ
والاول ثابت لانه من مسلمات
هذا الفن ينبنى عليه أحكام
كثيرة كبقاء النكاح بلا
شهود وامتناعه ابتداء
بدونها وجواز الشروع في
الهمة بقاء لا ابتداء فينتفي
الناسي وهو ثبوت القضاء
بالفسق ابتداء والعزل
بالفسق الطارئ والجواب
يؤخذ من الدليل المذكور
وهو أن التقليد كان معلقا
بالشرط فان تعليق القضاء
والامارة بالشرط جائز بدليل
ما روى أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعث جيشا
وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم
قال ان قتل زيد فجعفر
أميركم وان قتل جعفر
فعبد الله بن رواحة أميركم
وكذلك تعليق عزل القاضي
بالشرط جائز كره في باب
موت الخليفة من شرح
أدب القاضي والمعلق بالشرط
ينتفي بانتهائها والفرق بين
القضاء والامارة والامارة
في أن الامام أو الامير اذا
كان عدلا وقت التقليد

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله
في النواذر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رجعهم الله اذا قلده الفاسق ابتداء يصح ولو قلده وهو عدل
بنعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالة فينتفي بانتهائها فلم يكن راضيا بتقليده دونها

البصريون والاسمريون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا
ولى عدلا ثم فسق انعزل لان عدالة في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالة في
فكانت ولايته مقيدة بعدالة فينتفي بانتهائها ولا يشك ان ذلك انعزل فان الولاية تقبل التقليد
والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فأنت قاضيا واذا وصلت الى مكة فأنت أمير
الموسم والاضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا
الافى قضية فلان أولا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذا يلزم من اختيار ولايته صلاحه تقييدها
به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل وبهذا التقرر براندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي
الابتداء يجوز ولاية الفاسق في البقاء لا ينعزل وانتهى في الامارة والباطنة على عدم الانعزال بالفسق
لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها لقوله صلى الله عليه وسلم حين
بعث البعث الى موتة وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله
ابن رواحة وهذه الفصحة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها
ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء
القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان
بحق أو بباطل أما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل أخذه المال عليه وأما في الباطل فأظهر
وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما
سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيما ينفذ فيما هو ما ذكره البرزوي وهو حسن لان حاصل أمر
الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها ففسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه
بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل انفسه أو ولده يعني
والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء اذا كان
بعلمه ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضى أو يتقاضى ثم يرتشى وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضى
لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في نفسه حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع
الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلده بواسطة الشفعاء كالذي قلده احتسابا في
انه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان
دفع الضرر أو جلب النفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها لا أخذ أن يستأجره يوما الى الابل
أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمل في الذهاب الى السلطان الامر الفلاني وفي القضية قسم
الهدية وجعل هدايا من أقسامها فقال لعل من الجانبين كالهدايا لا تودد وحرام من الجانبين

ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبني الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامر امن قد غلب وجار وأجازوا
أحكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلا خلفه وأمام بني القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

(قوله والاول اظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لخفاء دلالة ما ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هـ ذابناء الخ) أقول فيه بحث (قوله
والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول يعني امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشروع في الهمة الخ)
أقول كما اذا رجع الواهب في البعض الشائع واستحق البعض الشائع (قوله وأمام بني القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قبل لالانه من أمور الدين والفاسق لا يؤمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب (وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية) قال الخصاص القاضي يقضى باجتهاد نفسه اذا كان له رأى فان لم يكن له رأى وسأل فقيها أخذ بقوله (قوله فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه (٤٥٦) جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسباق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به

وهل يصلح الفاسق مفتيا قبل لالانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في البيانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذارا للنسبة الى الخطا وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولأنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يخصه ل به وهو ا يصل الى الحق الى مستحقه

كالا هـ داء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الاخذ وهو أن يهدي ليكيف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ فال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الا هـ داء لا بشرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فشا يخضع له لانه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فروع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الاخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قبل لالانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانتة للدين (وقيل يستغنى لانه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطا وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (الصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علماء ثنائين محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو ا يصل الى الحق الى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما ينطنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الشريعة واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد برأى لا يلزمه اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمانه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهـ داء الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشئ فانه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يمدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان به هذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا اشكال والافقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسند كرسند حديث علي رضي الله عنه واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد دوا ما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس يفتي والواجب عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأي حنيفة على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زمانه من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي لباخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند اليه أو بأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب

من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسباق الكلام وهو قوله (خلافا للشافعي) فانه علل له بقوله (ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولأنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الى الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فاشككت

في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد محمد

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لامن لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعني العلم بالاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم فصار كالتحري فانه لا يصل بتحري غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل

وينبغي للمقلد أن يختار من هو الاقدار والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين

محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للجهتدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا الوجه قد نبهنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزوما فيها الى محمد ولا الى أبي يوسف لانهم لم تستهتر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهدي والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا لا فاقول المختلفة للجهتدين ولا يعرف الحجة ولا قدرته على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكمها المستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصول ذكره في بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولها فان المقلد ان يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحد ما قلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه انه الاصول أولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتى فقيهان أعنى مجتهدين فاختاروا عليه الاول أن يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندى أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزيز قبل الاجتهاد وبرهان أولى ولا بد أن يراد به هذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تحقق في حكم مسألة خاصة قلده وعمل به والافقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفقي من المسائل مثلاً والتزم العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعده لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامة نفسه ذلك قولاً أو بنية شرعاً بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاستلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله والغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تباع الرخص والا أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد فقلده أخف عليه وأتألاً أدرى ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله وينبغي للمقلد وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو الاقدار والاولى) لانياته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذ وان كان غنياً مثيراً وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصي ومن كان غنياً فليست تعفف ومن كان فقيراً فليأكل كل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحاً كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لانه عياله في زمن عمر رضي الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر فرزق القاضي لا يقدر بشئ لانه ليس بأجل لانه لا يحصل على القضاء وانما يختار الاول لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري في المستدرک عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أَرْضَى الله منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله

(نعم ينبغي للمقلد أن يختار الاقدار والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل

(قوله فلا يلتفت الى ما قيل الخ) أقول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج

(قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين (٤٥٨) نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قريحة) أي

طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرية ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبب له من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يبتنى عليها مخالف للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونهي عن المنكر واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من التدب كما في صلاة الجنائز وغيرها

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف

عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يهمل أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولو ولي حكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الاول نسبه الى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهم ما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الأمرين جميعا وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار لئلا يتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويبتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارته ما وشارته ما وودلته ما واقتضاهما وباقي الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطاهما أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها الثلاث يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد قدمه على القياس فلا يقبس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد فن أنقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد أحدا (قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف)

اما

وأجيب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المحذور

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالا وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عادة) أقول للتخفيف في التعبير (قوله وتعاطي العجين) أقول أي استقرضه فان القياس بأبي جوازه لعدم امكان معرفة المساواة فيه لعدم امكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه تأمل

فكان به بأس قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كرهه الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وأتماعه بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبة بكذا فإن قضيت لي فذاك كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختاراً سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال أرايت لو أمرت أن أغبر البحر سباحة كنت أقدر عليه وكأني بك فاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وجلس فاضطرب ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لأن السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره جاء وعظمته لكن في باطنه هلاك وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لأحد أن يزدرى هذا اللفظ كي لا يصيبه (٤٥٩) ما أصاب ذلك القاضي فقد حكى أن قاضياً روى له هذا الحديث

قاضياً روى له هذا الحديث فازدراء وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه المومي وألقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال (الترك عزيمة لأنه قد يخطئ ظنه)

قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطاً لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً القول عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أولاً يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة إذا كان هو أهلاً للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقيد بصيانة حقوق العباد وإخلاص العالم عن الفساد

أما إن العصاة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهم الرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فازلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد ورواه أحمد وأبو إسحق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الإسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضر بصدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه أيضاً الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم علياً رضي الله عنه إلى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد على شريحاً الإمام وأما أنه فرض كفاية

فما اجتهد (ولا يوفق له) إذا كان مجتهداً (أولاً يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة) إن كان غير مجتهد وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصح وأسلم لديه لأنه يلتزم أن يقضى بحق ولا يدرى أي قدر على الوفاء به أولاً وفي ترك الدخول صيانة لنفسه وهذا إذا كان في البلد غير من يصلح للقضاء (فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (وإخلاص العالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أتموا أن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والأفلاولوا امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتروا في الأثم لادائه إلى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس مجرى على عموم (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فإن شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطاً لصدق تعريفه عليه فتأمل (قوله ألا ترى أن أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرهاً ألا ترى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فإن المجتهد إذا أخطأ ثاب وعندي الأصوب أن يقال فلعله يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضى بالحق اهله يخطئ اذ ربما يظهر الطمع الكامن الذي كان غافلاً وغير ذلك من الغصب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف (قوله إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضى الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أى فوض أمره اليها ومن فوض أمره إلى نفسه لم يمتد إلى الصواب لأن النفس أمارة بالسوء ولأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاه وأعجب فيحرم التوفيق وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور والقلب بالأكراه على ما لا يحب ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الخيف أى الجور أو عدم إقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره حيث ذوان أمن أبيع رخصة والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه وإن انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه إلا أن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذى وأخرجه ابن عدى في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكى أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوى له لحيته فينمها هو يحلق له تحت لحيته في حلقومه اذعطس القاضي فالتقى موسى رأسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كائن بك قاضيا وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي إلا كسباح في بحر فكم يسبح حتى يفرق وكان دعى للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيه فهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن بنىفا وثلاثين يوما ونيفا وأربعين يوما ليتقلده وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر إنى أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء ثلاثة أثلاثان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقتل به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقتل للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضى العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يمتنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جى به يوم القيامة مغلوله يداها إلى عنقه فان حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يخف فك الله عنه غلة وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدة يساره إلى يمينه ثم رمى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنق وبين القضاء لا خيرت ضرب عنق وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال أنهم نوني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها بعد من عدى ابن أبين وأما ما في البخارى سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينال في مجيئه أولا مغلوله يده إلى عنقه إلى أن يفكها عدله فيظلمه الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل إلى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذى أيضا على أنس مرفوعا من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعا وكل إلى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسراييل بن يدر سند الأول وأصح من الكل

(قوله ثم يجوز بالتقليد)
تفريع على مسئلة القدوري
يتبين أنه لا فرق في جواز
التقليد لاهل بين أن يكون
المولى عادلا أو جائرا فكلما جاز
من السلطان العادل جاز
من الجائر وهذا لان الصحابة
رضي الله عنهم تقلدوا القضاء
من معاوية وكان الحق مع
على رضي الله عنهم في نوبته
دل على ذلك حديث عمار
ابن ياسر وانما قيد بقوله (في
نوبته) احترازا عما يقوله
الروافض ان الحق مع على
رضي الله عنه في نوبة أبي
بكر وعمر وعثمان رضي
الله عنهم أجمعين وليس
الامر كما قالوا بل أجمع الامة
من أهل الحل والعقد على
صحة خلافة الخلفاء عقبه
وموضعه باب الامامة في
أصول الكلام وعلماء
السلف والتابعين تقلدوه
من الجحاح وجوره مشهور
في الاتفاق وقوله (الا اذا
كان لا يمكنه من القضاء)
لستثناء من قوله يجوز التقليد
من السلطان الجائر فانه اذا
كان لا يمكنه من القضاء
(لا يحصل المقصود بالتقليد)
فلا فائدة لتقليده (بخلاف
ما اذا كان يمكنه)

(قوله احترازا عما يقوله
الروافض) أقول ويحتمل
أن يكون احترازا عن
خلافة معاوية باستقلاله

(ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية
رضي الله عنه والحق كان بيد على رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح وكان جائرا
الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه

حديث البصري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أوتيتها
عن مسئلة وكالت اليها وان أوتيتها عن غير مسئلة أعنت عليها واذا كان طلب الولاية أن يوكل الى نفسه
وجب أن لا يحصل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله ويجوز التقليد من السلطان
الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد
على رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح) هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه
لا في أفضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام
عام المحاجة واستتضي معاوية بالدرء بالشام وبهامات وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فمين
يولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبة على التي ذكرها
المصنف هي كونه رابع بعد عثمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب
حتى من أبي بكر رضي الله عنه وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على
الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمرك استفتلك الفئة الباغية
وقد قتل أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغيعة ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد
البر في الاستيعاب قال قالت رضي الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيرى قال
رأيت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو نهيتني ما خرجت وأما الجحاح فعلمه معروف
في تاريخ البخاري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الجحاح
وجعل أخاه مكانه وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال استفضي الجحاح أبا بردة بن أبي موسى وأجلس
معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الجحاح بعده بستة أشهر وفي ناويخ أصبهان للحافظ أبي
نعيم عبد الله بن أبي مرزيم الأموي ولي القضاء بأصبهان للجحاح ثم عزله الجحاح وأقام محبوسا بواسط فلما
هلك الجحاح رجع الى أصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طمحة بن عبد الله
ابن عوف أبو محمد الذي يقال له طمحة الندي ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية
على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضي الله عنهم وقوله (الا اذا كان
لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل
من التقليد) حينئذ وهو ظاهر هذا وانما يمكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد
المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم
على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم بجعلونه والباقي يولي قاضيا أو يكون هو الذي
يقضي بينهم وكذا نصبوا لهم أبا مابصلى بهم الجمعة (فروع في العزل) للسلطان عزل القاضي بريبة
وبلارية ولا يعزل حتى يبلغه العزل ويعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي يعزل نائبه وكثير
من المشايخ على أن النائب لا يعزل بعزل القاضي لانه نائب للسلطان ويعزل القاضي بعزله نفسه اذا
بلغ السلطان ومالم يبلغه لا يعزل كعزل الوكيل نفسه لا يعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا يعزل القاضي
بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للامة فلا عليك إبطاله وعن أبي يوسف لا يعزل بعزل السلطان حتى يأتي
قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضي اذا عزل نفسه بشرط علم القاضي ويجوز تعليق
العزل بالشروط ومن صورده اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابي هذا فانت معزول لا يعزل حتى يصل
اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشئ ويعزل خلفاء القاضي بموته ولا يعزل امرأ

قال (ومن قلد القضاء بسم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ) من تولى القضاء بعد عزل آخر تسليم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصلوك وكتب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها أي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يده من له ولاية القضاء والالاتفيذ وسمها حجة وان لم يكن المكتاب منفردا عن التذكير والبيئة حجة لانها قول اليها بالتذكير ثم البياض أي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان أو ورقا لا يخلو عن أمور ثلاثة اما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لاتقولا وقوله في الصحيح في صورتين (٤٦٢) احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم

أموال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه ولكن الصحيح فيها ما ذكر (قوله ويبحث أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبحث المتولى رجلين من ثقاه وهو أحوط والواحد يكفي (فيقبضها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كي لا يشتبه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان ترك مجتمعة تشتبه على

قال (ومن قلد القضاء بسم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يده من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لاتقولا ويبحث أمينين يشته على المولى

الخليفة ولو قلدرجل قضاء بلدة لها قاض هل يعزل الاول عن أبي يوسف لا يعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرط مثل أن لا يمثل أمر أحد فخالف العزل وعن أبي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم اتينا (قوله ومن قلد القضاء بسأل) أي أول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو أن يسأل أي يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم يفسر ديوانه بأنه (الخرائط التي فيها السجلات وغيرها) من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء والمحاضر والصلوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه (لانها) انما وضعت عند القاضي (لتكون حجة) ووثيقة محفوظة (عند) القاضي اذا وقعت (الحاجة) الى الحجة ومعرفة الاحوال (فتجعل عنده من له ولاية النظر) في أمورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك (ثم ان كان البياض) الذي كتب فيه القاضي ورقا أو ورقا (من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال أرباب القضاة في الصحيح لانه رضى به) لانه للقاضي لانه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (الى) القاضي (المولى وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذته تدينا) ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم (لاتقولا ويبحث) المولى (اثنين) أو واحدا مأمونا (ليقبضها بحضرة المعزول أو) من (أمينه ويسألان) أعني الأمينين (المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة) مثلا الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حيث ذعرا شديدا وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا

المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو ينسعر عليه ذلك

كتب

(قوله والالاتفيذ) أقول يعني فائدتها المطلوبة منها (قوله لانها تقول اليها بالتذكير) أقول لم يذكر البيئة لان الحجة عند قيام البيئة هي البيئة لا الكتاب الشرعي بخلاف صورة التذكير فانه لما كان سببا للتذكير الذي هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان في عبارة تول اليها فوقع سهو عما قلنا ولكن الامر سهل بقي ههنا بحث لان الحجة بالتذكير انما تكون بالنسبة الى القاضي الذي وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهبه له) أقول لو اقتصر على قوله لانه ملكه لا انتظم الصورتين وانما ذكر قوله أو وهبه له تنبيها على طريق تملكه اندر بما يحتاج على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أي في الثاني وقوله أو وهبه له أي في الاول

(وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (الكشف الحال لا للالزام) فانه بالعزل التحق واحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك بختمان على ذلك احترازاً عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني بمعنى وناليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسأل لأن المعزول عن أحوال السجلات وغيرها وقوله شيئاً منسوب بعامل مضمير يدل عليه قوله ويسأل لأنه أي يسأل لأن شيئاً منسوباً عنها وليس بشئ لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول والأولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلاً كافي قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (ويتظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم وبأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظراً) لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فن اعترف بحق الزمة اياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار رولى الواحد يجعل عرضه وعقوبته أي حبه (ومن أنكر) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالبيينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) فان قامت البيينة بالحق والقاضى يعرف عدالة الشهود ودردهم إلى الحبس اقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك (وان لم تقم بيينة) أولم يحضر خصم وادعى المحبوس (٤٦٣) أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه)

وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (ويتظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظراً (فن اعترف بحق الزمة اياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا بيينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بيينة لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه ويتظر في أمره) لأن فعل القاضى المعزول حق ظاهر فلا يجعل كى لا يؤدي إلى ابطال حق الغير

كتب أو فافهم بل إذا كان القاضى هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا يلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضى فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم إذا قبضه ختماء عليه خوفاً من طرد والتغيير وأما ما قيل بكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة (قوله ويتظر في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحصيهم وبأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضى ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبسون ولا بد أن ثبت عنده سبب حبسهم وثبوتة عند الأول ليس حجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لأن قول الأول لم يبق حجة (فن اعترف بحق الزمة اياه) ورده إلى السجن لأن يبلغ المقدار الذى يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضى يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلاً وأطلقهم حتى يتظر في حالهم فان ظهرت عدالة الشهود ودرده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضى المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التوقيف) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة) موجبة للعمل (لا سيما) وهى (على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعى ومالك وقال أحمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً لا بحجة (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بيينة) بما وجب حبسه (لا يجعل) باطلاً (لأن فعل القاضى ظاهراً) ما كان الا (بحق) فيحتمل لخصمه الغائب

أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوتة لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم

(قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينة فالسؤال ههنا مضاف إلى مفعوله (قوله قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أي يستعطيان القاضى المعزول نوعاً من الخراط فنوعاً آخر بعده منسلاً يستعطيان أولاً خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلدا القضاء يسأل ديوان القاضى فافهم (قوله شيئاً منسوب) أقول يعنى منصوب على المفعولية (قوله لأن الإقرار رولى الواحد يجعل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام لى الواحد يجعل عرضه وعقوبته انتهى فان قيل من أين علم أنه واحد قلنا من حبس القاضى المعزول فان الظاهر أنه لو لم يعلم يسأله لم يحسبه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه إلا بيينة) أقول فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البيينة لا قول المعزول (قوله فان لم يحضر لرجل منهم خصم الخ) أقول يعنى بعد النداء (قوله على ما سيجى) أقول في فصل القضاء للموارث من هذا الكتاب

وأما ههنا فإن الحق للغائب ثابت بيقين نظرا إلى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج إلى فرق وذلك في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا إليه وإن قال لا كفيل لي أولا أعطى كفلا فإنه لم يجب على شيء تآدى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فإذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لأنه نصب ناظرا في أمور الناس (فيعمل في المذكور على) حسب ما تقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده (لأنه لا بد لعمله من حجة) وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليدان المعزول سلمها إليه فيقبل فيها قول المعزول لأنه باقرار ذي اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا إذا كان بيده مودعه لأن بيد المودع كيد المودع (الا إذا بدأ ذواليد بالقرار لغيره من أقوله القاضي فإنه يسلم إلى المقر له الأول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة

القاضي) والحاصل أن هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لأن من بيده المال إما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يحدد كله فإن كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وإن كان الأول فإما أن يقول دفعه القاضي إلى وهو أفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولا بتعليله وإما أن يقول دفعه القاضي إلى ولا أدري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل وإما أن يقول دفعه إلى القاضي المعزول وهو أفلان غير من أقوله القاضي وحكمه ما تقدم لأنه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه

(وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده) لأن كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناهم (الأن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها) لأنه ثبت باقراره أن اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كأنه في يده في الحال الا إذا بدأ بالقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي

فينادي عليه وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس مناديا ينادي في محله من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فلبات إلى القاضي يفعل ذلك أيا ما فاذ حضر وادعى وهو على جوده ابتداء الحكم بينهما وإن لم يحضر أخذ منه كفلا بنفسه أذله محبوس بحق لغائب وأما رثته أنه في حبس قاض والظاهر أنه بحق فإن قال لا كفيل لي وأبي أن يعطى كفلا وجب أن يحتاط فوفا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فإن لم يحضر أحد أطاقه وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما أما على قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث إذا قسموا على ما سبأني والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لأبي حنيفة أن المال ظاهر أحق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه إلى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضي بحق وإنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قبل قبل النظر إلى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله أني مظلوم حتى تضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا (قوله وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف) الكائنة تحت أيدي أمناه القاضي والذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يدا الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البينة) أنه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هو في يده إذا أنكر وقال هو لي الابينة (لما بينا) أنه الحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لأنه هو المخصوص بان يتكفى بقوله في الإلزام حتى أن الخليفة الذي قلده القاضي لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بذلك لا يرضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الأن يعترف الذي في يده أن) القاضي (المعزول سلمها إليه)

لفلان وهو لا يصح وإما أن يقول هو لفلان غير من أقوله القاضي ودفعه إلى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر فحينئذ وحكمه أن المال يسلم إلى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا وهذا لأن اقراره الأول لما صح وجب تسليم المال إلى المقر له وإذا قال بعد ذلك دفعه إلى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر أن اليد كانت للقاضي وباقراره لغيره من أقوله القاضي أتلف المال على من أقوله القاضي فكان ضامنا للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لأن الأقرار الأول إما أن يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذواليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالقرار لغيره لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

(قوله فإن الحق للغائب ثابت بيقين) أقول إطلاقا اليقين على ما ثبت نظرا إلى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى (قوله ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم إلى المقر له) أقول يعني ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور في الكتاب أولا الخ) أقول فيه تأمل فإن المذكور في الكتاب أولا لا اختصاص له بما ذكره بل يعنى الصورتين الأخيرتين أيضا

ثاني في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول أن كان بالبدن اختيارا بطل ما بعده والا فلا وذلك لأن الإقرار من لا بد له صدوره عن الأجنبي عن المقر به فاسد فإذا أقر بالبدن لشخص ثم أقر بعده بالملك غيره بطل إقراره الثاني صدوره عن لا يملكه وإذا أقر بالملك غيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار بالبدن غيره يريد أن يبطل (٤٦٥) الأول وليس له ذلك لكونه إقرارا في حق غيره ولكنه يسمع في حق

المودع لكونه إقرارا على نفسه باتلاف، حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهر في المسجد الخ) الحكم بجلوس المحاكم بجلوس للقضاء جلوسا ظاهر في المسجد كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الغر بقاء بعض المقيمين وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرقى بالناس قال الإمام علي السبزوئي هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة وأما إذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كي لا يلحق ببعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إليها وقال الشافعي رحمه الله بكرة الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى أنما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتقدم إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة ولم يكره الأول وكره الثاني ولنا ما روى

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهر في المسجد) كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وقال الشافعي رحمه الله بكرة الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامة الحاكم في المسجد كالصلاة

فحينئذ ما أن يقول سلمها إلى ولا أدري لمن هي أو يقول سلمها إلى وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقره القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيهما لأنه ثبت بإقرار من في يده أن اليد فيها كانت للقاضي فيقبل إقرار القاضي فيها كماله كانت في يده حال إقراره أو يقول دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فاقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لأنه أقر بالبدن للقاضي فصار كأن المال في يده فأقر به لواحد وأقر به لهذا الرجل لا آخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أوبدا بالإقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه إلى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقره الأمين ويضمن مثله إن كان مثليا أو قيمته للمعزول في دفعه المعزول إلى من أقر به لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو في يده فلما قال دفعه إلى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقربه لغير من أقر به به فيصير هو متلفا لذلك على من أقره القاضي بإقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم ويحمد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا الوصايا الأولى واستتضي غير فشهد بذلك فخرج بناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضي لم أقض بشئ لا يجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهر) كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وفي الخلاصة ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكنه يجلس في طرفي النهار وكذا المتن والفقيه (والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة قال فغير الإسلام هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة أما إذا كان في طرف منها فلا لزوم زيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة فالأولى أن يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعي بكرة الجلوس في المسجد للقضاء لأنه) أي القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى أنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والحائض وهي ممنوعة عن دخوله) ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تقتصر بالمعاصي كثيرا من الممين الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلا عناق في المسجد وأنشأ شاهد ولا بد من كون أحدهما كاذبا حاشا في عين غموس وفي الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبي حذرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فأشار بيده أن يضع الشطر

(٥٩ - فتح القدير خامس) أنه صلى الله عليه وسلم قال أنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة

(قوله وروى عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى) أقول يعني أنه قال والمسجد عطف على الكلام السابق

ونجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به وبأذن للناس بالدخول فيها

(قوله ونجاسة المشرك)
جواب عن دليل الشافعي
وتقرر به نجاسة المشرك في
اعتقاده لافي ظاهره فإنه
ثبت أن النبي صلى الله عليه
وسلم كان ينزل الوفود في
المسجد (فلا يمنع من دخوله)
إذا لصيب الأرض منه
شيء (والحائض تخبر بحالها
فيخرج القاضي إليها أو إلى
باب المسجد أو يبعث القاضي
من يفصل بينها وبين خصمها
كما إذا كانت الخصومة في
الدابة) فإن قيل يجوز أن
تكون الحائض غير مسلمة
لا تعتقد حرمة الدخول في
المسجد فتخبر عن حالها قلنا
الكفار ليسوا بمخاطبين
بفروع الشرائع فلا بأس
بدخولها (ولو جلس القاضي
في داره لا بأس بذلك) قال
الامام فخر الإسلام إذا كان
داره في وسط البلدة كما تقدم
في المسجد فإذا جلس فيها
بأذن للناس في الدخول
إليها لأن كل أحد حق في
مجلسه

من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسند إلى ابن عباس قال
بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا يوم الجمعة إذا أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال
يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس
فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الحد قال وما حدك قال أتيت امرأة حراما فقال صلى الله
عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن
تزوج فقيل يا رسول الله ألا تجلد التي خبثت بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال
فلا إني قد عاها ثم ألهاف قالت يا رسول الله كذب على والله إني لأعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من
شاهدك فقال يا رسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد حد الفرية ثمانين جلدة وأما إن الخلفاء الراشدين
كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر
وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا في البخاري لا عن عمر عند
منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسد الامام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضا في المسجد
وذكر القصة في ذلك فاقبل أنه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات
لابن سعد بنده إلى أربعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد
عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن بابك قال
رأيت سعيد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة وإلى محمد
ابن عمر قال لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طوالة
القضاء بها فكان يقضي في المسجد قال أبو طوالة ثقة بروى عن أنس بن مالك وإلى اسمعيل بن أبي خالد
قال رأيت شريحا يقضي في المسجد وإلى الأسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة
يقضي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو
انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فلم يعرف وانما
أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يقول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم معه
فقال صلى الله عليه وسلم لا ترموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن
هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال
وأمر رجلا من القوم فدعا بول من ماء فشنه عليه وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه
(والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها القاضي) أو يرسل نائبه (كما لو كانت الدعوى في دابة ولو جلس
في داره فحسن به) شرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحد من الناس لأن كل أحد حقا
في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المسجد الأول أن يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي
وهو عشي أو يسير على دابته لأنه إذا كان غير معتدل الحال ولم يافيه من الاستحقاق بالقضاء ولأنه مشغول
بما هو فيه ولا بأس بأن يتكئ لأنه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي
أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو
يدافع الأخبثين أو به حاجة إلى الجماع والحاصل أنه لا يقضي حال شغل قلبه وأصل حديث لا يقضي
القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل
يحتج فأكثرا لأن يكون الناس قلبا ولا يقدم رجلا جاءه إلا خرقه ولا يضرب في المسجد حدا ولا

(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (اذ في المجلس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم له أو بمن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أمانه لا يقبل الهدية فلائنه من جواب القضاء اذالم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن أبي جهم الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازديقال له ابن الانبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل جلس في بيت أبيه أو بيت أمه (٤٦٧) فينظر أي هدي له أم لا واستعمل

عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقد عمال فقال من أين لك هذا فقال تنالته الخيول وتلاحت الهدايا فقال أي عدو الله هلاقت في بيتك فتتظر أهدي اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول بمن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما أن يكون ذا خصومة أولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم أو بمن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لا جل القضاء في تمامه

تعزيرا (و) ينبغي أن (يجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة) الرشوة أو الظلم وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر وعمر وعثمان وعليه حتى قال أجد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس يختلفونهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي أن يعتذر للقضي عليه وبين له وجه قضائه وبين له انه فهم حجة ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكاية الناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة غرضه وهو يرى عواذاً ما يمكن إقامة الحق مع عدم ايقار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي اما له خصومة أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام أن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لأبأس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدي بعد القضاء لا يقبل وعبارة الهدية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم أو بمن جرت عادته قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذالم تكن خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسألة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك افقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولا يهقر به فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قبل بضعها في بيت المال لانها بسبب عدم له لهم وعامتهم على أنه يرد على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

أي سواء كان قريبا أو مهاداة قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو بمن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء في تمامه والاو يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عندما زاد مالا بقدر ما زاد في المال لأبأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يرد على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو يعرفهم الا ان الرديته عذر لبعدهم بضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدي اليه لعله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) قبل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقبل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف (٤٦٨) أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وإطلاق لفظ القريب لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أنه يجب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية وقبل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته إن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهادة قبل القضاء وإنما أحدث بعده وما ذكره في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهادة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الإسلام أبو البسر إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يحجب القاضي دعوته وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إبداء الخصم الآخر أو إلى التهمة قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ) لما حكم يشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله أنه يجب وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين

أن يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام لا تأكلوا من أموالكم ولا تأكلوا من أموال بني أبي بكر ولا تأكلوا من أموال بني عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رضي الله عنه أباه بركة فقدم على فقال له من أين لك هذا قال تلاحت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو لله أفعدت في بيتك فتتظر أي هدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دأبل على تحريم الهدية التي سبها للولاية ولهذا لو زاد المهدى على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فأهدى إلى المقرض فله مقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لصاحب الولاية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخصاص يجب الخاصة أقرب به بخلاف صلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طوبى بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقاً ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الإسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يحجر بينهما الدعوة والمهادة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهادة وصلة القرابة قبل القضاء فإذا أهدى بعد القضاء لأبى بقبوله انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك إلا مكان الذي قدمناه واختلف في الخاصة والعامة فقبل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها (والعامة) هي التي يتخذها حضرها القاضي أولاً وعندى أن ما حكى عن القاضي أبي علي النسفي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاماً عاماً ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا لهاتين الخصلتين أو لمخصوص من الناس ولأنه أضبط فإن معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله أعلم وعند الشافعي وأحمد يحضر الولائم مطلقاً لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضى قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضرم حضور ولا قبول هدية فلهذا بعدت (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له ولا لا يعود وإنما راجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنائز وإذا استنصحتك فانصحه فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه وإذا

أن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض أن يعود و إذا مات أن يحضره وإذا ألقه أن يسلّم عليه وإذا استنصحه أن ينصحه وإذا عطس أن يشمه كذا في تنبيه الغافلين عطس

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه (ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (واذا حضر اسوى بينهما الخ) اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فان كان أحدهما من ولده والاخر فقيرا أو كانا أبوابنا (٤٦٩) يسوي بينهما في المجلس فيجلسان

بين يديه على الارض لانه لو أحلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب الى القاضي فتفوت التسوية ولو أحلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما ما كى لا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الاخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولده وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه ولا يده ولا برأسه ولا بحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولان فيه كسر القلب الاخر فينبغيه عن طلب

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضر اسوي بينهما ما في الجالوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء

عظم فحمد الله بشتمه وروى البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الاقريبي قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فأنضم مركبنا الى مركب أبي أيوب الأنصاري فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فأتانا وقال دعوتوني وأنا صائم فلم يكن لي بد من أن أجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان المسلم على أخيه من خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقوا واجبا عليه لا خية يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشتمه اذا عظمس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الاخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فتزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما قال اني أريد أن أخاصم قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولان فيه تهمة) الميل (قوله) واذا حضر اسوي بينهما في الجالوس والاقبال لما روى اسحق بن راهويه في مسنده أنه أخبرنا بقيق بن الوليد عن اسمعيل بن عياش حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الاخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كنير عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظة واشارته ومقعده وروى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب الى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلك حتى لا يطمع شريف في جيفك ولا يياس ضعيف من عدلك (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحد عن يمينه والاخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبا بكر دون عمر وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أحلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الارض الارض فضا رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي

حقه فيتركه) وفيه اجترأ من فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) وينبغي أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساقعة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إغارة لا حد الخصمين فيكره
كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لها به المجلس
فكان تلقينه أحياء للحق بمنزلة الأشخاص والتكفيل

بينهما وبه هذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شرح
مع على فإنه قام فأجلس عليا رضي الله عنه مجلسه وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا
يقعيان ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون
بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما ويربند القاضي ظهره إلى المحراب وهذا
رسم زماننا قالوا وهو أحسن لأنه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان
القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون
أهيب وإذا حضر القاضي بالخيار أن شاء ابتداء فقال مالكوا أن شاءتكم كهما حتى يتدناهما بالنطق
وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما ينهم ما فإذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى
يفهم حجته لأن في تكلمهما معاشغا وقلة حشمة لمجلس القضاة ثم يستنطق الآخر ولم يسأل المدعي
ذلك وقيل لا إلا بعد سؤال المدعي بأن يقول أسأله لكي يتفكر في الدعوى التي ظهر له صحتها أو لا قال قم فصح
دعواك وإذا جئت الدعوى بقول فماذا تريد أن أصنع فان قال أريد جوابه سأله والأصح عندنا أنه
يستنطقه ابتداء للعلم بالمتصود وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار
محمد أن يقدم الدعوى الأولى فالأول ويضع على ذلك أمينا لا يرتشي يعرفه السابق وليبكر على باب
القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعمل على الخصوم بل يتهم معهم فان
بالجملة تنقطع الحجة ويذهل عنها وهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لا تخافه الناس وأنكر الأئمة مارا وأمن
أخذ باب القاضي شيئا يمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحدا من
التقدم إلى باب القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا قياس حال الذي يسمى
في زماننا قبيب القاضي قبل وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه
مع سوط يقال له الجواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود يقرب من القاضي
واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل أن يجلسن معا على ما ذكرنا فهذه أيضا من
المحدثات لما فيه من الحاجة إليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استعجب رجلا سيئ
الادب فقيل له في ذلك فقال أما علمت أن الشر بالشرب يدفع والمقصود أن الناس مختلفوا لأحوال والادب
وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفها فيعمل بمقتضى الحال مراد به الخير لا حشمة النفس المؤدى إلى
الاعجاب ولا حول ولا قوة إلا بالله ويستحب أن يكون فيه عسبة بلا غضب وإن يلزم التواضع من غير
وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كتابا أمينًا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها
كي لا يقع السجل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعده
حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء
بخلاف عرف العادة اليوم عصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد
به الشاهد علما عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه الشافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة
أو الهبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع
التهمة) أما فيما بأن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعي عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف
فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قاله عزيمة لأن القاضي

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن
يقول القاضي ما يستفيد
به الشاهد علما بما يتعاقى
بالشهادة مثل أن يقول
أتشهد بكذا وكذا مكرره
لأنه إغارة لا حد الخصمين
فيكره كتلقين الخصم وهو
قول أبي يوسف الأول ثم
رجع واستحسن التلقين
رخصة في غير موضع التهمة
لأن القضاء مشرع لأحياء
حقوق الناس وقد يحصر
الشاهد عن البيان لمهاية
مجلس القاضي فكان في
التلقين أحياء للحقوق بمنزلة
الأشخاص والتكفيل وأما
في موضع التهمة مثل أن
ادعى المدعي ألفا وخمسمائة
والمدعي عليه ينكر خمسمائة
وشهد الشاهد أن الألف
فالقاضي أن قال يحتمل
أنه أبرأ من الخمسمائة
واستفاد الشاهد علما بذلك
ووفق في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق وتأخير قول أبي
يوسف يشير إلى اختيار
المصنف رحمه الله والأشخاص
هو إرسال الراسل لأحضر
الخصم

(قوله تلقين الشاهد إلى
قوله مكرره لأنه إغارة الخ) أقول
تلقين الشاهد مبتدأ وقوله
مكرره خبره

فصل في الحبس

منه عن اكتساب ما يجزئ به تهمته الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة وأيضاً أمر باكرام الشهود فان الله يحبيهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص لباقي بخصمه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدمع قيل وتأخير قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفى كونه أخيراً له في ذلك وفي فتاوى قاضيه لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الأئمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيل لا يعرف انه وكيل القاضي فحرزاً عن المحاباة وشرط شريح على عمر حن ولاه ان لا يبيع ولا يشتري ولا أرشي وقال بعض أشياخ المالكية ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي للخصوم اذا وصلا أن لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن ثيابه والله الموفق

فصل في الحبس أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس لأنه اختص بأحكام كثيرة فأفرد به فصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالثبوت المد كور بقوله تعالى أو ينقوا من الارض وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة وذكر الخصاص ان ناساً من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتلاً لا يبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى يشتري عمر رضي الله عنه دار بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذ محبساً وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً زمن علي رضي الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان علياً بنى سجنان قصب فسماهما نافعاً فنقبه اللصوص ونسب الناس منه ثم بنى سجنان مدر فسماهما محبساً وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه ألا تراني كيساً مكيساً * بنيت بعد نافع محبساً * بابا حصينا وأميناً كيساً

والسجن موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس وأراد بالاميين السجن الذي نصب فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا عيد ولا الجمعة ولا صلاة جماعة ولا الحج فريضة ولا حضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفلاً بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء وهذا قالوا ينبغي أن يكون موضعه اخسناً ولا يسطر له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأثر به وقيل يخرج بكفيل لجسارة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق آدمي بلاموجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعلى ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضياً للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جارته فيطوئها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الأصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه الاسلام عليه لانه قد يفضى الى المقصود من الايقاع مشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدور في الحبس فيحبس في درهم ومادونه لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك

فصل في الحبس

(قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً الخ) أقول وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه محبساً) أقول حبس تخييساً والله فتخييس بالخاء المعجمة قال في القاموس تخييس كعظم انتهى قال في النهاية التخيس بالكسر أي المذل من التخيس وهو التذليل

وروى بفتح الباء وهو موضع التخييس وهو الذي اختاره في المغرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يحلو اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يجعل بالحبس وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لان من حجه ان يقول ظنت انك غفلي فلم استصحب المال فان ابيت اوفيت حقت فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مظهره فحبس وان كان الثاني حجه كما سبق اظهر المماطلة بانكاره وروى عن شمس الائمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له ديناً على فاذا علمت الا ان لا اؤاتي في فضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدري حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازي به والمحبوس في الدين لا يخرج لحي رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة ووجه فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان غمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين (٤٧٢) وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر للطالب وان مرض وله

خادم لا يخرج لانه شرع
ايضجر قلبه فيتسارع
الى قضاء الدين وبالمرض
يزداد الضجر وان لم يكن
له خادم أخرجه لانه اذا
لم يكن له من يرضه ربما
يموت بسببه وهو ليس
بمستحق عليه ولو احتاج
الى الجماع دخلت عليه
زوجته أو جاريته
فيطوئهما حيث لا يطلع
عليه أحد لانه غير ممنوع
عن قضاء شهوة البطن
فكذا شهوة الفرج
وقيل الوطء ليس من
أصول الحوائج فيجوز ان
يمنع بخلاف الطعام ولا
يمنع من دخول أهله
وجيرانه عليه ليشاورهم
في قضاء الدين ويمنعون من
طول المكث عنده قال

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل بحبسه وامره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور الماثل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه والمراد بالمهر مجمله دون مؤجله

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يجعل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم الى الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار (اذ لعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (اما اذا ظهر بالبينة فحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي الفوائد الظهيرية وعن شمس الائمة السرخسي عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبس لاول وهلة لانه يعتذر بانى ما كنت أعلم أن على دينه بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوج به الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبس حتى يأمره في الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أى بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده) القرض و (كمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعنى اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه وما لم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فحبسه ولا يسمع قوله انى

(فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه اذا طلب
الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وأنكره المدعى اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالتمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعى وقد ذكر القدرى هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه وزواله عن المالك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه وهذا واجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنقعة وغيرها كما سئذ كره والمراد بالمهر مجمله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المجهل فكان اقدامه على النكاح دليلاً على قدرته

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القدرى ما التزمه بعقد لزمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يحبس فيه فمساوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرش الخنايا (إذا قال أبي فقير) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعي عليه (الأن ثبت المدعي أن له مالا بينة فيحبسه وروى الخصاص عن أصحابنا رجحهم الله أن القول قول المدعي عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذا ادعى بولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدين مع عينه (ويروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال) وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعي عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالأصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البر (٧٣) والصله فالقول فيه قول المدعي عليه

كما في نفقة المحارم والآخرة
أن يحكم الزى أن كان زى
الفقراء كان القول له وإن
كان زى الأغنياء كان القول
للمدعي إلا في أهل العلم
والإشراف كالعلوية
والعباسية فانهم يتكفون
في الزى مع حاجتهم حتى
لا يذهب ماء وجههم فلا
يكون زى فيهم دايما بل
اليسار وقوله (وفي النفقة)
بيان لما هو المحفوظ من
الرواية ذكر في كتاب النكاح
أن المرأة إذا ادعت على
زوجها أنه موسر وادعت
نفقة الموسرين وادعى
الزوج أنه معسر وعليه
نفقة المعسرين فالقول
قول الزوج وفي كتاب العتاق
أن أحد الشريكين إذا
أعتق نصيبه من العبد
وزعم أنه معسر كان القول
قوله وهاتان مسئلتان
محفوظتان تؤيدان القولين
الآخرين أما تأييدهما

قال (ولا يحبس فيه فمساوى ذلك إذا قال أبي فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمثلان تؤيدان القولين الآخرين

فقير لأنه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبس فيه فمساوى هذين) التوعين (إذا قال أبي فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) حينئذ (لأنه وجد دلالة اليسار) أي قدرته على الدين المدعي به هكذا ذكر في الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدل مال أولزمه بعد أو حكما لفعله لا لعقد كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاص (لأن الأصل هو العسرة) في حق كل أحد لأنه خلق عديم المال ولهذا قال إذا ثبت الحق فلا يحبس حتى يسأله ألك مال أولا فان قال لا استخلفه فان نكل حبسه وان حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعي البينة على قدرته وعندنا يحبس ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ يتظر (ويروى أن القول له) أي للمدين (الإفمابده مال) كالفرض وعن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعي ونسب الخصاص هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى أن كان بزى الفقراء فالقول قوله في الفقر إلا أن يثبت المدعي قدرته وإن كان بزى الأغنياء فالقول للمدعي إلا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لأنهم يتكفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعي أنه غير زيه وقد كان عليه زى الأغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك فان أقام البينة أنه كان عليه زى الأغنياء جعل القول قول المدعي فان لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المدين وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعى المدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لأن معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نصاعن أصحابنا بخلاف أحدهما أن المرأة إذا ادعت أنه موسر لأنها أخذت نفقة اليسار وقال أنه معسر ليعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن لساكت شيئا ولكن يستدعى العبد ويقول شريكي قبل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف (والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك

(٦٠ - فتح القدير خامس) للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلأنه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعني ضمان الغصب) أقول فيه أن ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل في يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغي أن يكون القول قول المدعي كما صرح به في البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما إذا ثبت هلاله المخصوص أو غصبه منه عند الثاني وما في البدائع فيما إذا باعه لا آخر مثله (قوله والمدعي يدعي عارضا الخ) أقول ولا ينبغي أن العارض ثبت بدلي له الذي ذكره المصنف أنفا والأصل إبقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدامه على التزامه باختياره (قوله فلأنه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا ينبغي أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعينين فان المراد باليسار في قولهم واقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة

مع أنهم باشر اعقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى البسار وأما تأييدهما الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما يكن بدل المهر وبذل ضمان الاعتاق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والنخريج على ما قال في الكتاب) يعني القدرين جواب عن المستثنين نصرة لذلك كور فيه وتقريره انه أي النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا ببراءة من له أو بإفائه من عليه (٤٧٤) وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وحيد لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله

حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته وعماه من جهته الا بالايفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه بحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن بساره واعساره أما الحبس فليظهور ظلمه بالمطل في الحال وأما توفيته فلانه لاظهار ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويروي غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لان مادونه عاجل والشهر آجل قال شمس الأئمة الخواني وهو أرفق الاقوال في هذا الباب وروي الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر

(قوله مع أنهم باشر اعقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خبير بأن الالتزام في

والنخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الانفاق وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه بحسبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس اظهر ظلمه في الحال وانما يحبس مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويروي غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة أشهر الى ستة أشهر

وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال أما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكر كوراً ولا كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى البسار وأما تأييدهما الثاني فلانه لما يكن بدل المهر وبذل المعتق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم به - هذا أن الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال اما تأييدهما القول من قال القول في جميع ذلك فظاهر وذكري الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انه ما يبط لان القول المفصل بين كون الدين ملتزماً بمال أو بعدد فلا يكون القول للطلوب وكونه بخلافهما فالقول للطلوب فان البذل فيه - ما ملتزم بعدد أو شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع بسبباً عن العتق ويؤيدان القول الاخير وهو أن القول للمدين الا فيما بدله مال فان البذل في المسئلة ليس مالا ويجعل القول للمدين تأييد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للطلوب وان التزمه بعدد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين عطابقة كل منهما بوجه أنه يفيد الشمول والا فلم يلزم من كون القول للطلوب فيما اذا التزم به بعدد والبذل ليس بمال كون القول له في جميع الديون فمافي النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان - ما اهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متمميان فان كون القول للطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعي أو غير مال فالقول للطلوب صح ما قال الذي لا شبهة فيه انما يبطالان القول المذكور في الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الابطال المذكور بأن دين النفقة وضمنان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهو - ما معنى قوله (والنخريج على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد ان نقضاً في جميع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة بحسب) المدين (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس اظهر ماله) ما طلة ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله (فيؤدي ما عليه) (فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقد رعا ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة (ويروي غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الاجل شهراً والاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروي (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

صورة الاعتاق موقوف على ثبوت بسار المعتق فلا يدل الاعتاق مجرداً على الالتزام فلان نقض (قوله بدل المهر) أقول الظاهر عن أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متمميان الآن يقال المراد أن الصحيح لا يعدوهم لان كلامهما صحيح (قوله أي النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الانفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمنان الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة (قوله ويروي غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بقدر

(وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فأنه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله)
وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبس أول وهله فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله
بقوله (ومراد) أي مراد محمد (٤٧٦) (اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته) وهذه الرواية تصلح

أن تكون معتمد شمس الأئمة
السرخسي فيما نقل عنه
من العكس كما تقدم في أول
الفصل أو يحمل على
اختلاف الرواية بين أئمة
الظاهر هو التأويل (قوله
والحبس أولا) يعني ان
المذكور في الجامع الصغير
من الحبس أولا ومدته على
ما بينا ليس فيه مخالفة لما
بيناه فيحتاج الى ذكرها
فلان عده قال (ويحبس
الرجل في نفقة زوجته الخ)
اذا فرض القاضي على رجل
نفقة زوجته أو اصطالحا
على مقدار ولم ينفق عليها
ورفعت الى الحاكم حبسه
لظهور ظلمه بالامتناع (ولا
يحبس والد في دين ولده لانه
نوع عقوبة فلا يستحقه الولد
على والده كالحد والقصاص)
قال الله تعالى ولا تقل لهما
أف واخفض لهما جناح
الذل من الرحمة الا اذا امتنع
من الانفاق عليه لانه فيه
احياء ولده) وفي تركه سي في
هلا كه ويجوز أن يحبس
الوالد لقصد انلاف مال الولد
(ولان النفقة تسقط بغير
الزمان فلا يمكن تداركها)
وسائر الديون لم تسقط به
فاقتروا وكذا لا يحبس المولى

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فأنه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان
كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا
ومدته قد بيناه فلا نعبده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد
في دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحد والقصاص (الا اذا امتنع من الانفاق
عليه) لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك اسقوطها بغير الزمان والله أعلم

وهو قول الشافعي وأحمد والاكثري على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قيل وهو الاصح فان بينة
الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بغيره وبعد مضي المدة تأيدت اذا ظاهر انه لو كان له مال لم
يحمل ضيق السجن ومراسته واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة
التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يسار من غير
حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طالب المدعي بينة يسار من غير
ما به لم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبد حبسه ولا شك أن معناه ما لم تقم
بينته على حدوث عسرته قال أبو القاسم في كيفية شهادة الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لانعلم له
مال سوى كسوته التي عليه وثياب ايمله وقد اخترنا أمره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة فسأل
فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في
باب الحبس من كفاية شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فأنه يحبس ثم
يسأل عن حاله) انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبس في
أول الوهلة فان هذا ظاهر في وصل الحبس باقراره فذكره ليؤوله بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي
أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا) الى القاضي فأنه يحبس بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الآن شيئا
(قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني
من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضي ذلك فأما مجرد فرضه لو طلبت
حبسه لم يحبس لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم
يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق فان رجع
فلم ينفق أو رجع به عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه
في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعت به الى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم
يقسم فرفعت به أو رجع به عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير
(قوله ولا يحبس والد في دين ولده فأنه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التأفيف لما حرم
كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحمله اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه
فأنه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الانفاق) أبا كان أو أم أو جدا لان في ترك
الانفاق سعي في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد لقصد هلاك الولد (ولانه لا يتدارك اسقوطها) أي
اسقوط النفقة (بعضي الزمان) بخلاف الدين فأنه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى
لا يستوجب عليه دين ولا المولى اعبد المأذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان

اعبد اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك الحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دين وكذا الدين عليه
مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق كسابه بمنزلة الحر
فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لانه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالم ولا يحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب
ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهم لانه ممكن من تميز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضا لأن السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس بأبي جواز العمل به لأنه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه (٧٧ ع) وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به

القاضي فكيف بالكتاب

وفيه شبهة التزوير اذا لخط

يشبه الخط والخاتم الخاتم الا

انه يجوز الحاجة الناس لما

روى ان عليا رضى الله عنه

جوزه كذلك وعليه أجمع

الفقهاء قال (ويقبل كتاب

القاضي الى القاضي في الحقوق

الح) يقبل كتاب القاضي الى

القاضي في حقوق ثبت

بالشهادات دون ما يدرى بها

اذا شهد به بضم الشين عند

المكتوب اليه للحاجة وهو

نوعان المسمى سجلا والمسمى

الكتاب الحكمي وذلك لان

الشهود اما أن يشهدوا على

خصم أولا وتذكره بشيرا أنه

ليس المدعى عليه اذ لو كان اياها

احتج الى الكتاب والكتاب

لا بد منه لثلا يقع القضاء على

الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن

يكون خصما فان كان الاول

حكم بالشهادة لوجود الحاجة

وكتب بحكمه وهو المدعو

سجلا لان الحمل لا يكون

الا عند الحكم وان كان الثاني

لم يحكم لانه قضاء على الغائب

وهو عندنا لا يجوز وكتب

بالشهادة ليحكم بها المكتوب

اليه وهو الكتاب الحكمي

والفرق بينهما ان الاول اذا

وصل الى المكتوب اليه ليس

له الا التنفيذ وافر رأيه أو

خالفه لا تصل الى الحكم به

وأما الثاني فان وافقه نفذ

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما تبين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحاجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

عليه دين حبس لانه لغرماء في التحقيق ويحبس مولى المكتوب الى الكتاب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس له حق أخذه فاذا أخذ بمتقيا ن قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكتوب في كسابه كالحرف له حق المطالبة فيحبس لطله أما المكتوب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظاهرا لمولاه كان عليه دين غير بدل الكتابة فيحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هماسوا لانه يتمكن من اسقاطه بتجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يسبب عليه دينه وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضين فهو كالمركب بالنسبة الى الحبس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد الاخرى بأنه ثبت عنده بيينة قبلها حق فلان على فلان المكاش في بلد القاضي الاخر لم يجوز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولا يثبت فكتابه أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدين فجوز اعانة على ايدى الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به ما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا يزال لان نسبه لم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهد ين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الأصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لاننا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق) أي التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب اليه على ما تبين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيل من جهة المدعى عليه أو مستخرا وهو من ينصبه القاضي وكيل عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والاول أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الاخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقتضى منه الحق (و) هذا الكتاب المنضم للحكم (هو المدعو سجلا) في عرفهم (واذا شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضي الاخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي) في عرفهم نسبه الى الحكم باعتباره

باب كتاب القاضي الى القاضي

(قوله ليحكم بها المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاء من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضي الكتاب اذا طلب ذلك منه لم فعل مستندهم فيه ما سيجي في هذا الكتاب والنهاية وغيرها في شرح قوله ولا يقضى القاضي على غائب

والا فلا اعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العـ لوم الخـ سـ ة وهى أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم معلوم على معلوم وسند كرماعداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما بين وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لا اتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جواز الشهادة على الشهادة لا حياء حقوق العباد فكذا جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه يخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعنى القدورى) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجرودة (والمضاربة المجرودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أى الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انما تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بأن ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى (٤٧٨) النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب

القاضى الى القاضى لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرته وهو ليس بدعى به انما هو ونفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدين لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بممانع بالاجماع (و يقبل كتاب القاضى الى القاضى في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبى حنيفة ومحمد رحمه الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لما سألنا الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده ونخصمه فأشبهه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجرودة والمضاربة المجرودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقبل في العبيد دون الامانة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها

ما يؤل (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضى وسند كرماعداها ان شاء الله تعالى وجوازه لما سألنا الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده ونخصمه فأشبهه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجرودة والمضاربة المجرودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقبل في العبيد دون الامانة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها

العبيد دون الامانة) فان العبيد يخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامانة فانها متيسر

تخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أى عن أبى يوسف (أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها) يعنى المكتب المبسوطة كالبدن وشر وروح أدب القاضى وصـ نة ذلك بخارى أبى عبدله الى سمرقند مثلاً فأخذه سمرقندى وشهود المولى بخارى فطلب من قاضى بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عندى فلان وفلان بأن العبد الذى من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعى ولا يقضى له به لان شهادة شاهدى الملك لم تكن بحضرة العبد وبأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتماً من رصاص

(قوله والافسلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قبل اذا كان شرطاً ينبغى أن لا يجوز بدونه قانساً جواز الاستحسان على خلاف القياس

وعن محمد رجه الله انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

متيسر فلما ساس الحاجة فيه جوزه بخلاف الامه لانها داخل البيت فلا يتيسر لها تبسره له (وعن محمد أنه يقبل فى جميع ما ينقل) من الدواب والثياب والاماء (وعليه المتأخرون) ونص الاسيحي على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة فى الاعيان وهى غائبة فى بلد المكتوب اليه ولا شك ان فى الدين أيضا لا بد من الاشارة الى المدينون ليقضى عليه ومع ذلك اكتبى باسمه وشهرته فى الاثبات عليه وقبول القاضى الكاتب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثانى يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بايراد الصور فصوره الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان الفلانى أن يكتب كما ذكره الحسن فى المجرد من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا سلام عليك فاني أحمد اليك الله الذى لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتاني فقال له فلان بن فلان وذوكر ان له حق على رجل فى كورة كذا ولم يذكر فى المجرد فقال له فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى ولا بد منه كما سئلتك وسألتني ان اسمع بينته وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليمهم وينسبهم فشهدوا عندي ان فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا دره حادينا حالا وسألتني ان أحلته بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتمال بشي منها وحلقته خلف بالله الذى لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذى قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنهم له عليه فسألتني أن أكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فكتبته اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود قال ثم طوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو وثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا ثم يدفعه الى المدعى فاذا أتى به المدعى الى القاضى الذى بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضى اليه سأل البينة على كتاب القاضى ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعى حتى يحضر الخصم فاذا حضره وأقر أنه فلان ابن فلان الفلانى قبل بينته وسمع منه فان أنكر قال له جئني بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلانى فان جاءهم أو عدلوا سمع بينة المدعى حينئذ على ان هذا كتاب القاضى الذى ذكر فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأه عاينا وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفك أيضا حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان أقر أنه اياه وان أنكر قال ألك حجة والاقضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال استأنا فلان بن فلان الذى شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان فى هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب اليه والا الزمتك ما تنسبه اليه والشهود فان جاءه بينة على أن فى تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما تنسب اليه أبطل الكتاب وان لم يكن فى تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذى هو المقصود بالاشارة يحصل بالآخر الامر قبل القضاء عليه وفى هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة تنبئ عليها منها قوله فى شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليمهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب وأقام شهودا عدولا عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم وعندى لا بد أن يقول أحراة عدول اذا لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد وغيره انه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته ان تاجر افتاحرا ومن اعراف اعراف والمقصود تميم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة أو عدلوا

فاذا وصل الى قاضى بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعى بأعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبت عنده ليبرأ كفيله وفى رواية عن أبي يوسف ان قاضى بخارى لا يقضى للمدعى بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضى سمرقند فيه ماجرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له بمحضرة المدعى عاينه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب فى الجوارى صفته فى العبيد غير أن القاضى لا يدفع الجارية الى المدعى ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لئلا يبطأ قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ولكن أبو حنيفة ومحمد رجهما الله قالوا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فيما كل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان فى الحلى والصفات

فالاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رجه الله أنه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعى فى قول

لان الخصم اذا حضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن
 ان كان والا فيقول سموهم لي فاني قد يكون لي فيهم مطعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما
 يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعى يقال له فلان بن فلان
 يتم التعريف في قوله ما وعنه لا بد من ذكر الحد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر
 اسمه ولم يذكر اسم الاب لكان نسبه الى قبيلته أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك
 لا يكون تعريفا بالتفريق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعى انه
 غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلاف في المسافة التي يجب وزنها كتاب القاضي الى
 القاضي في جماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيمادون مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجه وحكي
 الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه انه يجوز فيمادون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول
 أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة
 ومنها ختم الشهود ليس يلزم بل هو أثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهرا في انه لا يفك الختم حتى
 يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة
 كذا وذكروا في يدرجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر واثلاثة حدود كفي
 استحصانا خلافا للرفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الا بق من مصر
 بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عنه دي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته
 كذا واقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعى وقد أتى الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان
 بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا
 وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعى من غير أن يقضى له به لان الشهود
 الذين شهدوا بملك العبد للمدعى لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ كفيلا بنفس العبد من المدعى
 ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الادفع من يتعرض له ويتمه بسرقة
 فاذا لم يكن لاحاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل
 الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعى أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة
 الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنه ليعرئ كفيله
 وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعى لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر
 الى قاضي الاسكندرية وبذلك فيه ما جرى عنه ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه
 ليقضى به بحضرة المدعى عليه فيه فعل ذلك ويرئ الكفيل وصورته في الجوارى كافي العبد
 الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعى بل يعنها على يد أمين لاحتمال انه اذا
 أرسلها مع المدعى يطؤها لاعتقاده انها ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد فلا هذا فيه
 بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه فها هو يستغله فيا كل من غلبه قبل أن يثبت ملكه فيه
 بالقضاء ورعا يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه
 وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة لوجه والائمة الثلاثة واذا عرفت هذا
 فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجري فيها
 ما يجري فيها لانه بعد أن تجري مجرى الديون لانها اذا قالت استأنافلانة المشهود على انها زوجة
 المدعى المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعى بطؤها

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى الا بحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضى الى القاضى بغير بيعة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاع من ملك أهل الحرب (٤٨١) في طلب الأمان فانه مقبول بغير بيعة حتى لو

أمنه الامام صح لانه ليس ملزم فان الامام رآيا في الامان وتوكله وبخلاف رسول القاضى الى المزكى وعكسه فانه يقبل بغير بيعة لان الزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضى الى المزكى قيل قد يشير الى أن رسول القاضى الى القاضى غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه بيعة وبغيرها والقياس يقتضى اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما وجهين أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب واحد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة وأما الرسول ففان مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس ملزم وبخلاف رسول القاضى الى المزكى ورسوله الى القاضى لان الزام بالشهادة لا بالتزكية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أى لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضى فلان الكتاب وانتهى وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضى المسلمين ولو كان الكتاب لذي على ذمى لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملةاتهم خصوصا الانسكة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضى ونحوه ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن أسند الخفاف الى عمر بن أبى زائدة أو غير قال جئت بكتاب من قاضى الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعته كتابي اليه فقبله ولم يسألني البيعة عليه ففتحه ثم نشره فوجدت فيه شهادة شاهد من أهل البصرة بنحوه مائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب به هذا الكتاب الى زياد فقل له أرسل الى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضى الكاتب ونحوه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضى الى المزكى ورسول المزكى الى القاضى قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضى المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للزم من الحجة وهى البيعة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما اذ لا امام أن يعطيهم ما طلبوه وله ان لا وأما الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البيعة وأما الفرق بين رسول القاضى وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلا أن غاية رسوله أن يكون كنفه وقد مدنا أنه لو ذكروا كتابه لذلك القاضى بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك لأنه أجيز باجماع التابعين على خلاف القياس فاقصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز أن يكون قال الى اياس القاضى بالبصرة والى كل قاض رآه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم (فرع) يجوز على كتاب القاضى الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضى الى الامير الذى ولاه أصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المضر فجاءه ثقة يعرفه الامير ففى الفتاوى لا يقبل لان ايجاب العمل بالبيعة ولا أنه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفى الاستحسان يجوز للامير أن يعضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضى أن يأتي فى كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة فى جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجز الرسم فى مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب

(٦١ - فتح القدير خامس)

وقول القاضى فى غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أى لا يعمل به لانه لا يأخذه ليجاف ما سيجى من قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ) أقول فى هذا التنوير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقق الاول بدون الثانى وجوابه ان صحة الحكم قبل التزكية اذا كانت بالشهادة والالزام بعد ما يكون بها أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول فى وجه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله فى حق لزوم القضاء عليه بيعة) أقول على كونه رسول القاضى

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمه الله علم ما في الكتاب وحفظه وانحتم بمحضرة
الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكتاب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة
قال الله تعالى الأمن شهد بالحق (٤٨٣) وهم يعلمون ويختتمه بمحضرتهم ويسلمه إلى الشهود كي لا يتوهم التغيير إذا كان

بغير ختم أو بيد الخصم
وهذا قولهما وقال أبو
يوسف أنه يدفع الكتاب
إلى الطالب وهو المدعي
ويدفع اليهم كتابا آخر
غير محتوم ليكون معهم
معاونة على حفظهم فإن
فان شيء من الأمور
المدكورة لا يقبل الكتاب
عندهما وقال أبو يوسف
آخر شيء من ذلك ليس
بشرط بل إذا شهدهم
القاضي أن هذا كتابه
وختمه فشهدوا على
الكتاب وانحتم عند القاضي
المكتوب إليه كان كافيا
وعنه أن انحتم ليس
بشرط أيضا سهل في ذلك
لما ابتلي بالقضاء وانما قال
آخر لأن قوله الأول مثل
قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله واختار شمس
الأئمة السرخسي قول
أبي يوسف تيسيرا على
الناس

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لا شهادة بدون العلم (ثم يختتمه
بمحضرتهم ويسلمه اليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لأن علم ما في الكتاب وانحتم
بمحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما واول هذا يدفع اليهم كتاب آخر غير محتوم ليكون
معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم
أن هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف أن انحتم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس
الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

القاضي إلى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود به كرها
في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل أن شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من أن
يقرأ عليهم أو يعلمهم ما فيه أي بأخباره لأنه لا شهادة بلا علم بالشهود به كماله وشهدوا بأن هذا
الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم بما في كتاب القاضي
قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يختتمه
بمحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه
العنوان الذي قد مناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب إليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فإن
لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لثمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى
مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فإنه لا بد من التدقيق من وقت الشهادة إلى وقت
الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا
كتابهم وختمه) بعدما كان أو لا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا أن انحتم ليس بشرط
أي صار خص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي)
ولاشك عندي في صحته فإن الفرض إذا كان عدالة الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير محتوم
مع شهادتهم أنه كتابهم نعم إذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي أن يشترط انحتم لاحتمال التغيير إلا أن
يشهدوا بما فيه حفظا لوجه أن كان الكتاب مع الشهود أن لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا انحتم بل تكفي
شهادتهم أنه كتابهم مع عدالتهم وإن كان مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه
التاريخ فلم يكتب لا يقبل وذلك لئلا ينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا أن شهدوا على أصل
الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزائن الفقه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين ومن قاضي
مصر إلى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي أن يعد عدالة
شهادة شهود الأصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان
لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي
ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقبل تقبل الكنية المشهورة
كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنى غير أن
بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب إليه أن المكتوب هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضي
بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة إلى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف

قال المصنف (ويسلمه
اليهم) أقول قال في النهاية
أي إلى الشهود وعمل القضاة
اليوم أنهم يسلمون المكتوب
إلى المدعي وهو قول أبي
يوسف وهو اختيار الفتوى
على قول شمس الأئمة وعلى

قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى
الشهود كذا وجدت بخط شيخنا انتهى ثم قال وأجمعوا في الصك أن الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة
فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك اهـ

العنوان

الشهود كذا وجدت بخط شيخنا انتهى ثم قال وأجمعوا في الصك أن الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضور الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بسماعه من الكتاب فاعتبر بحضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفتحاه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفيض الكتاب أي يفتح بعد العدالة كذا ذكره الخصاص لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج (٤٨٣) المدعى الى أن يزيد في شهوده وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد

قيام الختم ايشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فأما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعى انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر فأما اذا لم تكن شرطا فكما أدوا الشهادة جاز رفضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لا نسلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنونا وكان محتوما وشهدوا بالختم كفي (قوله) واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضور من الخصم وفي بعض النسخ لم يفتك الا بحضور من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا بمجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعى الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طال به بالبينة عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضر افيشهدون بحضوره انه كتاب القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتكه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي يتقبل ألفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع يتقبل شهادة شاهد الاصل بعبارة (بخلاف القاضي الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبي يوسف الا كنفاه بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاص) واحتار به عماد كوفي المعنى فانه قال فيه وذكر الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أي تجوز الفتح قبل

على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل بالكتاب لا به ولعل الأصح ما قاله محمد رحمه الله من تجوز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المعنى والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفي المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضور الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز اه (قوله) لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه أقول وأنت خير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله) فأما اذا لم يكن شرطا أقول كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيجي في الشهادة (قوله) وقد استدل على ذلك أقول قوله وقد استدل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشتراط العدالة (قوله) بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباء في الصغرى للابسة وفي الكبرى للسبية وأيضا للقاتل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظرا الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بمنحون أو انما أو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل (٤٨٤) قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ما توبعوا أداء الشهادة قبل

القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البيضة وما وجب على القاضي بسماع البيضة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير علمهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أما في الموت أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمنحون لا يلتحقان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير علمهما وفي غير علمهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معترف

ظهوره بعد الشهادة بأنه كتابه وجهه المصنف بما ذكره الخصاص من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الا حال قيام الختم **فرع** لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة فهرب الى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب اليه أن يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما يجوزنا الاول الكتابة فنجوز الثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولا به القضاء وانما يستفيد به لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه الى أن يمضي أمر الكتاب فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء بمنحون أو عصى قالوا أو فسق وانما يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفروع اذا ما توبعوا أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفروع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا نبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا يوجب عليه شيئا فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو غير علمهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الاخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندها (الا اذا) كان كتب الى فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحمله ومن يحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كالمكتوب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بأن الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدلته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأته

وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن اجازة القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون في أداء الامانة فصاروا كالأمناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعاله

بمخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي حنيفة وقبل الظاهر أن محمدا معه لأنه من معلوم إلى مجهول والعلم فيه شرط كما هو وهو رد لقول أبي يوسف في جوازه فانه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهيلاتا لا امر على الناس (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول (٤٨٥) يقبل لان الاعتماد على الشهود

(ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالتشهاد على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما (ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما)

فصل آخر في قوله (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها أجاز أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأجد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصدته وتبعيته سواء (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأجد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا فلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله (ولان مبناهما الخ والله أعلم) واءلم أن ذكرهما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصرح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وامرأة ادعى ولدا وقالوا هو معروف بالنسب منا هو في يد فلان استترقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعى النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي (فرع) هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كلقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الخاص قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا إلى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال محمدني الاستيفاء أو الابرأه مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرتها وقالت للقاضي سلمه حتى اذا أنكر أقت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

بمخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رجعهم الله لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولا مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

أجاز أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأجد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصدته وتبعيته سواء (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأجد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا فلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله (ولان مبناهما الخ والله أعلم) واءلم أن ذكرهما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصرح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وامرأة ادعى ولدا وقالوا هو معروف بالنسب منا هو في يد فلان استترقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعى النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي (فرع) هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كلقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الخاص قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا إلى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال محمدني الاستيفاء أو الابرأه مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرتها وقالت للقاضي سلمه حتى اذا أنكر أقت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

فصل آخر (قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم

الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها قال المصنف (بمخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجاز أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم اه

فصل آخر (قوله والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر الى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي إلى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الاول يحتاج الى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

وقدم الوجه أى فى أول أدب القاضى أن حكم القضاء يستق من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهى أهل للشهادة فى غير الحدود والقصاص فهى أهل للقضاء فى غيرهما وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيه ما وشهادتها كذلك كما سيجى وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) (٤٨٦) بعذرو بغيره (الأن يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به) أى

وقدم الوجه (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض اليه ذلك) لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كمن وكيل أو وكيل بخلاف الأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثانى بمحض من الاول أو قضى الثانى فأجاز الاول جاز كفى الوكالة

لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة رواه البخارى قال المصنف (وقدم الوجه) يعنى وجه جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لان فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا انما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلامهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليجتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حله والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أ كان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعا سلب أهليتها وليس فى الشرع سوى نقصان عقلها ومعه يوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكسبة ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة فى الاوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز فى الفردخ لانه ألا ترى الى تصریحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال ولذلك النقصان الغريزى نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوايهن عدم الفلاح فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق ولماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) فى صحة ولا مرض (الأن يفوض ذلك اليه) قبله كما انه اذا صرح فيه بالمنع بمنع منه وهذا (لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف الأمور باقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يستخلف) لانه لتوقته بحيث لو عرض فى وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم أن الانسان غرض للاعراض فكان المولى له اذنا فى استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سميع الخطبة أما اذا لم يكن سميعا فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان الأمور هنالك بان وليس بفتح وفتح الخطبة شرط الافتتاح وقد وجد فى حق الاصل ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وبهذا الشرع والتحقق بمن شهد الخطبة حكما وبخلاف المستعير فان له أن يعير بشرطه لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تعليمها بخلاف ولاية القضاء فانها هى اذن فى أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصى يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز الوصى عن المباشرة بنفسه والموصى قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثانى بمحض من الاول أو قضى) بعينه فبلغه (فأجاز جاز كفى الوكالة) اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بمحضته

بالقضاء (فصار كالوكيل) لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك (بخلاف الأمور باقامة الجمعة حيث) يجوز له أن (يستخلف) لان أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته (بوقت يفوت الاداء بانقضائه) فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة) لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سميع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدا جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض عن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جائز وهو مفتتح فى هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صح شروعه فى الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وأرى ان الحاقه بالبانى لتقدم شروعه فى تلك الصلاة أولى قتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أى ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فى اذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها فى الوقت فقد رضى بالاستخلاف

بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثانى بمحض من الاول أو قضى الثانى) عند غيبة الاول (فأجاز الاول) او جاز (اذا كان من أهل القضاء) (كفى الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحضرة الاول أو أجاز الاول جاز

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف الأمور باقامة الجمعة) أقول قال فى الكافى مطلقا اه أى مطلقا عن الاذن بالاستخلاف

وقوله (لانه حضره رأى الاول) يصلح دليلا للسنتين أما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذى حضره القاضى أو أجازته قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما فى الو كالة فسيجيى فى كتاب الو كالة قبل الاذن فى الابتداء كالأجازة فى الانتهاء فلم يختلفا فى الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به فى الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقبدا به (قوله وإذا فوض اليه يملكه) أى إذا قال الخليفة للقاضى ول من شئت كان له أن يولى غيره (فبصير الثانى نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا أن يقول واستبدل من شئت فملك الاول عزله وهذا بناء على أن أمر القاضى لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فإذا قال الخليفة ول من شئت واقصر على ذلك كان أمره بالتولية والعزل خلافاً وإذا أضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان أمره بما فكا ناله فإذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضى القضاة كان اذنا بالاختلاف والعزل دلالة لان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاة تقليداً وعزلاً كذا فى الذخيرة قبل ما الفرق بين الوصى والقاضى فان كلا منهما مافوض اليه من جهة الغير والوصى يملك التفويض الى غيره تو كيلا وایضاء وأجيب بأن أو ان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى له راضيا باستعانة غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضى يملك التوكيل والایضاء ولا يملك التقليد والتعليل المذ كور فى التقليد يجرى فيهما وأجيب بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصى

(٤٨٧)

فمكون توقع الفساد فى القضاء أكثر قال (وإذا رفع الى القاضى حكم ما كم أمضاء الخ) اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان القاضى بكذا وكذا نفذ ان لم يكن مخالفاً للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عدافانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أى المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً للزوج الاول بمجرد النكاح

وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط وإذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (وإذا رفع الى القاضى حكم ما كم أمضاء الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء ففوضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء)

أو بغيره فجازة نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله ونحقيق حاله أنه فضولى ابتداء وكيلى انتهاء ولا يمنع اذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصاً وقد فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء أو هو كونه ليس بمحضره رأيه (وإذا فوض اليه) الاستخلاف (بملكه فيصير الثانى نائباً عن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فبئس دليل عزله أو قال جعلتك قاضى القضاة فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً وفيه خلاف الشافعى وأجد (قوله وإذا رفع الى القاضى حكم ما كم أمضاء الا أن يخالف الكتاب أو السنة (المشهورة) أو الاجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه) وفى بعض نسخ القدورى أو يكون قولاً الخ (وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء ففوضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء) قالوا انما أعاده لان فى عبارة الجامع فائدتين

بدون اصابة الزوج الثانى فان اشتراط الدخول ثابت بمحدث العسيلة وقد ذكرناهما فى التقرير على ما ينبغي أو الاجماع كالحكم ببطالان قضاء القاضى فى المجتهد فيه أو يكون قولاً لا دليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بقوط الدين عن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعى يدل على ذلك وفى بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفاً للدلالة المذ كورة بسبب أن يكون قولاً لا دليل وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء ففوضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء وفيه فائدتان احدهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضى اذا لم يعلم بوضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا فى الذخيرة

(قوله وان الحكم الذى الخ) أقول التعويل على الجواب الثانى (قوله فيكون الموصى له راضياً) أقول كى لا تفوت مصالحه (قوله وقيل القاضى يملك الخ) أقول المذ كور فى الفتاوى ان القاضى لا يملك نصب الوصى اذا لم يكن ذلك مكنو بافى منشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعليل المذ كور الخ) أقول بمعنى قوله لأنه قلد القضاء دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنهما مستندة الى دليل قوى من تلك الثلاثة أيضاً قال فى الكافى بأن يكون قولاً لا دليل عليه أى لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذا لم يعلم الخ) أقول أنت خير بأنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه فى نفس الامر ففوضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو لافانه أعم من كونه عالماً نعم ربما يفيد كون الثانى عالماً بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضى الاول فتأمل

ايستاقى القدوري احداهما تقييده بالفقهاء أفاد أنه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الأئمة وهو
ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك فان القدوري لم يتعرض لهذا
فيحتمل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه في ذلك موافقا لحكم الاول أمضاء وان كان مخالفا له لا يعضيه
فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفا لرأيه أو موافقا بعني
بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه
الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أو غير عالم فانه أعم
من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاء فربما يفيد أن الثاني عالم
بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الاخر حكمه
وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذه
وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيد أنه أيضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم أمضاء وهو أعم
ينتظم ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفا وقوله الآن
يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أولا
فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البيضة على المدعي
واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهدوين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره
في أقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذه مطلقا ثم اربا بالكتاب الجامع على مراده أو ما يكون مسدول
لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لقضى قاض
بحل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولاتأكلوا مما لا يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل
متروك التسمية عمدا وهذا لا يضبط فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحباب
بأنه مؤول بالذبح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد
المتناظرين بأنه غير مؤول قاضيا على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بثبوت
دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولا ولذا منع نحن
نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجوزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا أيضا وان كان كثير لم
يحكموا بالخلاف فتنى الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء
بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهم او عند أبي يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه
مخالفا للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمع أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر
اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه
فلوقضى به قاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجمع عليه الجمهور
لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد
بالبعض مادون النص أو مادون الكل بل الواحد والاثني والاليم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلا
اذما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين أقل من الفريق الآخر اذا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثله
قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم
فخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين
ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أولا والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف
ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا الا يصير المحل مجتهدا فيه قال واليه أشار
أبو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المعبر باختلاف في الصدر
الاول يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم

والثانية أنه قيد بقوله يرى
غير ذلك إشارة إلى أن الحكم
اذا لم يكن مخالفا لدلالة
المذكورة ينفذ سواء كان
موافقا لرأيه أو مخالفا
فانه اذا نفذ وهو مخالف
لرأيه ففيما يوافقه أولى
ورواية القدوري ساكنة
عن الفائدتين جميعا

(قوله ورواية القدوري
الخ) أقول عبارة القدوري
أعم تتناول ما اذا كان
موافقا لرأيه أو مخالفا
وليس في عبارة الجامع الا
التنصيص على ما اذا كان
مخالفا ويعلم حال الموافقة
بالاولوية كما ذكره لانه
لا يثبت بهذا القدر اولوية
عبارة الجامع من عبارة
القدوري فتدبر

التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي أن ينقض القضاء يبيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقبل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاءه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلفت الرواية عن أبي يوسف وقال شمس الأئمة السرخسي هذه المسئلة تنبئ على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وعمر وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهم ما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينفذه الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في التوقيم ان محمد اروي عنهم جميعا أن القضاء يبيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان القاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى أن هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكاً وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً والافلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المتأخرين حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في النخبة من الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خير الهابان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويرزول الصداق عن ملكها ويرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حبس منهاج الشريعة عن مالك فبين طلقها فحضى عليها سنة أشهر لم ترد ما فاتها تعند بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لانه مجتهد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لاحقية الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى بإبطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته يتق حكمه وكذا الوقضى في حد أو قصاص بشهاد رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقا وان وردت في المدانة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها قال عثمان بن النضر بشرط ان الاعلان لا للشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضوع موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار النكاح بسائر تصرفاته يقتضى أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذا لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز تنقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعى أن فلا ناقة له وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لخالفه السنة المشهورة البينة على المدعى واليمين على من أنكر مع أن معه ظاهر في حديث محبصة وحويسة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ ذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذ لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاة متى لاقى فصلا مجتهدا فيه بنفذه ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) في ان كلا منهما يحتمل الخطأ (وقد ترجح الاول باتصال القضاة به فلا يتقضى بما دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاة به ولقائل أن يقول القضاء (٤٩٠) في المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لاصله

ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما رفعه من أصل بالفرع اذا الشئ المساوي للشئ في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والا لم يمس لم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن عمر رضي الله عنه انه لما شغل أشغال المسلمين استعان بزيد ابن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحدا الخصمين فقال ان زيدا قضى على يأ أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما منعك يا أمير المؤمنين الساعة فأقضى لي فقال عمر لو كان ههنا نص آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

والاصل ان القضاة متى لاقى فصلا مجتهدا فيه بنفذه ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاة به فلا يتقضى بما دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساعا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فالكلمة عليهن من عدة تعتدونها وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعي بصيرته متفقاً ولو قضى بنصف الجهاز فبين طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المذبر ولو قضى بعدم جواز عقور الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لاحق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بأم امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكى في الفصول فيما اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحد منهم وبالشهادة لابييه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيمادون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية محتومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد اموقتا لم ينفذ المتعة ثم ومعتبى بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برذر زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضي الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلاقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالمجتهد فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس الثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه أعنى قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالجر على المقسد الفساد لا ينفذ لانه يحقق الخلاف في القضاء فيستوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يرضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين أن يجيزه أو يردده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى الحدود أو الاعى وأما قضاء السلطان في أمر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسألة الجبر في صحة نقض الثاني أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ قضاء الثاني باطلا لاقه عن الجبر (قوله والاصل) حاصله توجيهه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة متلافتا معارض اجتهاداهما وترجح الاول باتصال القضاة به فلا ينفذه الثاني باجتهاده ودونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

(قوله لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب

الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب

ناسيا

يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول قال الزبلي وقد صح ان عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء بالدرداء وساق القصة

ناسي المذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا فقيه روايتان (٤٩١) ووجه النفاذ) وهو دليل النسيان

أيضا بطريق الاولى (أنه ليس بخطا بيقين) لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كرامة المجتهدات ووجه عدمه أنه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه (وقال أبو يوسف ومحمد رجما الله لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به بزعمه قال المصنف (وعليه الفتوى)

قال المصنف (وان كان عامدا فقيه روايتان) أقول قال النسيان في الكافي وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافاً ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى اه قال ابن الهمام الوجه في هذا الزمان أن يفتى بقوله ما لأن التارك لمذهب عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل ثم قال وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده الالحكم بمذهب لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد وأما المقلد فاعما ولا يالحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اه (قوله بطريق الاولى) أقول وجه الاولية ان التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان

ناسي المذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا فقيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

ناسي المذهب نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا فقيه روايتان) عنه (ووجه النفاذ أنه ليس بخطا بيقين) لأن رأيه يحتمل الخطا وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحدا منهم ما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده أنه غير حق عبث فلا يعتبر بمن استبنت عليه القبلة فوقع تحريمه الى جهة فصل الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وبه أخذ شمس الأئمة الاوزجندی وبالأول أخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاء من الارسال الى شافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لراي الخلفاء انتهى وأؤكد الامور في هذا حكم شريح بما يخالف رأى على كثيرا وهو يعلم ووافقته كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقبل صح عن عمر رضي الله عنه انه قلدا بالرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم اتى المقضى عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والراي مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل اليه ما مور به من عند الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقة حكم الله الثابت في نفس الامر لكن القطع بأن المكلف به منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بعظونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفى اليه ارسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه ان الله جوزه أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاء به أو حكم به عليه واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا ينفذ في الوجهين) يعني وجه النسيان والعمد (لأنه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد اختلف النعمان والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقوله ما لأن التارك لمذهب عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده الالحكم بمذهب لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد فأما المقلد فاعما ولا يالحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز أن القاضي ما مور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله الآية وانباؤه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد ما مور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس الاقضاء بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هذا ومن تسمية اليمين المضافة انه اذا فسح اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئ الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسح حكمي عن برهان الأئمة بكون الوطئ حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوج بأخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فسحها في حق تلك المرأة وسند كوفي في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

(الاولى) أقول وجه الاولية ان التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان

قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكرنا أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن بين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم بما لم يخالف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نفذ كما مر فإن نقضه فرفع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول ويبطل الثاني لأن الأول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يخالف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجارسته التي وطئها الأب فلو حكم بما يجوز ذلك نقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا والمراد بالجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور أي جل الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لأن ذلك خلاف للاختلاف) فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكر وأعلمه فاذا حكم بما يجوز ذلك وجب نقضه لأن الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فأما إذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث إلى السادس بالجمع من الاخوة وفي اعطائهم الثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فإن حكم به ما لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الامة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لان عقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه أن الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف (٤٩٣) رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك إلى ما لم يرد ذلك كان له أن ينفذه

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضى بالحل وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح

(قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وإن كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضى بالحل) يكون حلالا عند الله تعالى وإن كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (إذا كانت الدعوى بسبب معين)

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضى بالحل لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لافي الاملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في

العقود والفسوخ بشهادة الزور فن العقود ما إذا ادعى على امرأة نكاحا وأنكرت فأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي للحل بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لعماد و زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر ومنهما ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعنتي هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبائع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لأن الشهادة شرط لانشاء النكاح فصد أو الانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا علكه العبد المأذون له والمكاتب وإن لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع إذا كان القضاء بحضور من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لأن القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنهما ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهر أو باطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لأن الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخره وإن كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فإذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

(قوله لأن القاضي يصير منشئا) أقول الظاهر أن يقال منشئ (قوله لأنه تبرع) أقول أي من وجهه (قوله فإذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالمسكوحة إذا وطئت بشبهة

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الخ) البضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستقر في البلد جازوا لا يصح في الاصح لان في الاستنار تضعف الحقوق دون غيره واستدل بأن نبوت القضاء بوجود الحجية وهي البينة فاذا وجد ظهر الحق فيعمل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا أن الشرع جعلها حجة ضرورة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بعد الانكار ولم يوجد (٤٩٣) فان قال قد علمت بالشهادة بدون

الانكار اذا حضر الخصم وسكت أجيب بأن الشرع أنزله منكرًا جلالا أمره على الصلاح اذا ظاهر من حال المسلم أن لا يسكت ان كان عليه دين أو رفعما لظلمه ان أراد بسكونه توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا احكاما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لانه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذا الاصل في البطلان قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا وجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه أيضا وان قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فاللزام ممنوع لان وجود الشرط لا يستلزم وجود الشروط وسيأتي له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجية وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد

للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذة عند أي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقي الأئمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكن خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجده ومنه ما قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل انه باعها منه أو انك اشتريتها حل للنكر وطؤها اذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الأئمة اذا كان عالم بالكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبيبة سيافكبرا أو اعتقائهم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حري مسلما وأقام بينة انه ما ولد له قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود أو تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والا كفاه ومن الوجه لا يبي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبأمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه حل وعلا وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين فينفذ باطنا وان كان أحدهما كاذبا فليس بشئ وفي الخلاصة وأجمعوا على انه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له به لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عيدا أو كفارا أو محددين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثا أخذ باقوله على نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ثم بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأي القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع أشد الأمرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فما أفتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندى قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجع على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما ينعمه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضي على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز) اذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قولاً واحداً وهو قول مالك وأحمد وان كان في البلد غير مختلف فله قولان أحدهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر نصيب الحقوق لولم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا

بالبينة لانه ان حضر فأقر لزم الدعوى وان أنكر فكذلك فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبت أو يسلم الدعوى ويدعى الاداء ويثبت أو يقر قبل القضاء بالبينة فيطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد

(قوله قلنا اذا كانت شرطا الخ) أقول فيه تأمل ثم الظاهر أن يقال اذا كان بدل قوله اذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعي عليه مع المدعي الى القاضي الكاتب اذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز أن يتنازع أن يشبهه في وجه القضاء أو عمل الثاني ومعناه أن الشأن يحتمل الاقرار والانكار أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشبهه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقربها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للاستحقاق ولهذا ترجع الباعثة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعثة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام لا بينة على المدعى فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا أو يحدث هند حيث قالت يا رسول الله ان أباسفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدي بالمعروف فقه مدقضى عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أجبتاه عن الحديث الاول بأنه يدل على أن من ادعى شيئا فعليه اقامة

البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعى اقامة البينة ليس بمحمل للنزاع وانما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أولا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشي حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفيان ألا ترى

ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشبهه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فوجه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بأن كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى عليه على الحاضر

قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشي حتى تسمع كلام الآخر وقد مناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه ونحوه فانه يعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغية من يقوم مقامه ولان حجة البينة على وجه يوجب العمل به موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الامع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيته بقوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار ومالم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بثبوت كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فمن قال لعبدته ان لم تدخل الدار اليوم فانت حرقى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرطا لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لا بقاء لانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكر الا لأنه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما أن يقرأ وينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشي لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة أو لا يطعن في البينة ويشبهه أو لا يطعن في قضى عليه بالبينة ومع غيبته يشبهه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر

أنهم لم تقم البينة (قوله لو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضى القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا أنكر ذلك وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكرنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا هو ظاهر أو القاضي كما اذا أقام وصيا من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) أقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الا أن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن يشبهه الخ) أقول وأني بضميره في الاول والاضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع الا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هند الخ) أقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول وفيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاضر الخ) أقول كانه يشير الى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه أي وقيام من يقوم

أو شرط الحقة فان كان سبباً لازماً سواء كان المدعى واحداً كما اذا ادعى داراً في بدر رجل أنها ملكه وأنكر ذوال اليد فأقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة أو شيئين مختلفين (٤٩٥) كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل

بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فأقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب أعترفهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيئاً من المال على الحاضر والعنف على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العنف بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصماً عن الغائب لان المدعى شئ واحد في الاول أو كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى إعادة البينة ولهما منظار في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض الالاسيبية وأما أن يكون المدعى شيئاً واحداً أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له الحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشئ اذا ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازم احترازاً عما اذا كان سبباً في وقت

وهذا في غير صورة في الكتب أما اذا كان شرط الحقة

ذلك فحين اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها ولو أقر به الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالنسبة على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصاباً فوجد شرط حجتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سميعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقه وكان أبو يوسف يقول ألا لا يقضى بالبينة والاقرار على الغائب جميعاً ثم يرجع لما تبلى بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعاً واستحسنه حفظ الاموال الناس فاذا علمنا انه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه أحد ثلاث نائب بانبائه كوكيله أو بانباء الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً أي يكون قيامه عنه حكماً لا مراً لازم له واقتصر المصنف عليها نفياً للمسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي لسمع عليه الدعوى وكذا لو حضر المدعى رجلاً لا غير خصمه لسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناء الى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والا يحكم عليكم أما في غير ذلك الموضع فلا وذكروا في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب والغائب وكاه بطلب كل حق له على غريمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته فضى عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الامام الشافعي هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدي الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب الا أن مع هذا لو وكل وكيلاً أو أنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحذور في فذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسألة عجيبة في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في بدر رجل ادعى آخرانه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذوال اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجدها في وأما الثالث فما اذا كان ما يدعيه على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب (شرط الحقة)

دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني أن أجلك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينهما في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها إعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جزاء فان كان في قوله فان كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخميناً

وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلا بالجل قبل الطلاق وقد يوجب بأن كان وكيلا بالجل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجهه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف

(٤٩٦)

فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

التفصيل وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطا لحقه أى الحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الخالف عليه ان فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لأن بينتهما على فلان الغائب لا تصح لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الأئمة الاوزجندى ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كافي السبب لأن دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لأن المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضى وهو من ينصبه وكيلا عن الغائب ليستمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة القاضى لأن كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانت اختاره

لا سيما لا محالة أو قد يكون سببا لا يكون (فانه لا معتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) مثال السبب الملزوم لا محالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئين وثلاث فيما يكون واحدا أما ثلاث الواحدة احدى دارى بدرجل انهما ملكه وأنكر ذواليد فأقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لأن الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب لا محالة للملكه والثانية ادعى على آخره كفل عن فلان الغائب بما يدوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فأقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذواليد الدار دارى ما اشتريته من أحد فأقام المدعى البينة ان ذواليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفعيها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب ومثال ثلاث الشئين احداها قاذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المدعى القاذف بل أعنتك مولاك فعليك حد الا حار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب اكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهو ما شيطان الثانية شاهدان شهدا على رجل بعمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة ان مولاهما أعنتهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لأن العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غائب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتقض بما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما ان الغائب أعنت نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أى حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلا مع ان اعناق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة أجيب بأن عدم القبول عنده هنا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لأن الساكت اذا اختار تضمين العتق يصير العبد مكاتباً من جهة المعتق وان اختار الاستعانة يصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولاً فلا يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعى به على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً وبيانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولاك وكنتي بحملك اليه فأقام العبد البينة ان مولاه أعنته تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى إعادة البينة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكنتي زوجك بحملك اليه فأقامت بينة انه طلقها ثلاثاً يقضى بقصر يد الوكيل عنهم دون الطلاق ولو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادة البينة أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لأن العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا لانعزاله بأن وجد بعد الوكيل فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق

والعتاق

يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانت اختاره

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شئ فان كاف التبيين يدل على خلاف ما ذكره

قال (ويقرض القاضى أموال البتائى الخ) للقاضى أن يقرض أموال البتائى ويكتب الصك لأجل (٩٧) تذكره الحق وهو الاقراض لان

في اقراض أموالهم مصلحتهم
لبقائهم محفوظة فان القاضى
لكثرة أشغاله قد يعجز
عن الحفظ بنفسه وبالودعة
ان حصل الحفظ لم تكن
مضمونة بالهلاك فلم تكن
مضمونة وبالقرض
تصير محفوظة مضمونة
فيقرضها فان قيل نعم هو
كذلك لكن لم يؤمن النوى
لخود المستقرض أجب
بقوله والقاضى يقدر على
الاستخراج لكونه معلوما له
وبالكتابة يحصل الحفظ
وينتفى النسيان بخلاف
الوصى فانه ليس له أن يقرض
فان فعل ضمن لان الحفظ
والضمان وان كانا
موجودين بالاقرض لكن
مخافة النوى باقية لعدم
قدرته على الاستخراج لانه
ليس كل قاض يعدل ولا
كل بينة تعدل والاب كالوصى
في أصح الروايتين لانه
عاجز عن الاستخراج وهو
اختيار الامام فخر الاسلام
والصدر الشهيد والعنابي
وفي رواية يجوز له ذلك
لان ولاية الاب تسم المال
والنفس كولاية القاضى
ونفقته تمنع من ترك النظر
له والظاهر أنه يقرضه من
أمن بحوده وان أخذه
الاب قرضاً لنفسه فالقرض
يحوز وروى الحسن عن
أبي حنيفة أنه ليس له ذلك

قال (ويقرض القاضى أموال البتائى ويكتب الصك لأجل) لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضى يقدر على الاستخراج والكتابة لحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

والعتاق فمن حيث انه ليس سبب الحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصماً عن الغائب ومن حيث
انه قد يكون سبباً قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الو كالة لانه ليس من
ضرورة انعزال الو كيل لتحقيق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقيق الطلاق والعتاق انعزال الو كيل
فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيتين الا أن ما يدعى به على الغائب ليس
سبباً ما يدعى به على الحاضر الا باعتبار البقاء فيمانه في مسائل أحداها قالوا فممن اشترى جارية قاضي
المشتري على البائع انه كان زوجهما من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يرد هاهنا العيب وانكر
البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى
شيئاً أن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سبباً لما
يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجهما ثم طلقها فان أقام البينة على البقاء بأن شهدوا
على انها امرأته للجمال لا تقبل أيضاً لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد
البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لافي حق الحاضر
ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سبباً لبطال حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ
البيع بينهما فبعضه وودع البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصماً في اثبات نفس البيع لم يكن خصماً
في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الشالته رجل في يده دار بيعت بمجنبها دار فأراد ذو اليد
أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع
البينة انما داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان
المدعى شيئاً والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سبباً لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو
فسخ بعد الشراء أو زالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء
ولا بينة عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضاً لما ذكرنا وأما ما يكون شرطاً فاعامة المشايخ فيه على أنه
لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب فيما يدعى به وصورته قال لا امرأته ان طلق فلان امرأته فأنث طالق
فادعت أن فلاناً طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق به لانه ابتداء القضاء
على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندى فيه بانتصاب الحاضر خصماً عن
الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فأنث طالق فبرهنت على دخول فلان
حيث يصح وان كان فلان غائباً والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشئ اذ ليس فيه ابطال حق
له فصار الاصل ان ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس
فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالاً عليه لا يقبل (قوله) ويقرض القاضى أموال البتائى ويكتب
تذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض مصلحتهم)
لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابرو في القرض بقاؤها محفوظة
عن ذلك مضمونة (والقاضى يقدر على الاستخراج) فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصى فانه
لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافق الشهود أو لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا
كل قاض يعدل وفي الجنون بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضراً بالصدغار على الاعتبار (والاب
كالوصى في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولا يه من الوصى

(٦٣ - فتح القدير خامس) (قوله ويكتب الصك لأجل تذكره الحق الخ) أقول فيه إشارة الى ان انتصاب ذكر
الحق لكونه مفعولاً له ليكتب وعندى ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى

باب التحكيم

لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر والظاهر أنه يقرض
عن يأمن بحجوده وعلى هذا قالوا لو أخذوا هذه الالب قرض النفس يجوز وان روى الحسن عن أبي حنيفة أنه
لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس اقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام
القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد
الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه انما تفي بدمع وجود المسألة
أما لو أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاصي ينبغي للقاضي
أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلف حال أحد منهم يأخذ منهم المال قبل أن يعسر فلا
يقدر وكذا لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي اقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم
القاضي بعلمه ولنفسها فعدنا وفي قول للشافعي أنه يجوز وطاهر من مذهب مالك وأحمد لا يجوز
وعن كل منهم ما رواه بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهن بدنت عتبة خذي
من ماله ما يكفيك وذلك بالمعروف فهو اذا فاض بعلمه وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضائه
في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدث خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته
أو قتل عده أو حد قذف وأما اذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولي فرفعت اليه تلك الحادثة أو
علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفي التجريد جعل
قول محمد مع أبي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى واختلاف المشايخ على قول أبي
حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ
عند أبي حنيفة ومحمد ونص أصحاب الامالي عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في
النواذر عن محمد ولو علم بمحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد الى القضاء فعند أبي حنيفة لا يقضى
وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم

هذا أيضا من فروع القضاء والمحكم أحط رتبة من القاضي فان القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم
فأخبر عنه ولهذا قال أبو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته بخلاف القضاء لان حكمه
بنزلة الاصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله
تعالى فابعثوا حكاما من أهله الآية وفيه نظر وأما السنة فاقال أبو شريح يارسول الله ان قومي اذا اختلفوا
في شيء فأولتني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائي
وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا
بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى انه كان بين عمرو وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما
بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمره لا بعثت الى فأتيك يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته
يؤتى الحكم فدخل بيته فألقى له رواده فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي
لوا عفت أمير المؤمنين فقال عمر عيين لزمته فقال أبي نعتي أمير المؤمنين ونصده وابعلم أنه لا يظن بأحد
منهما في هذه الخصومة التلبس وانما هي لاشتباه الحادثة عليه ما تقدم الى الحكم للتبيين لا للتلبس وفي
الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقدر روى ان ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف
اليه وبأخذ بر كاه عند ركوبه وقال هكذا أمرنا ان نصنع بنقها ثنا فقبل زيديده وقال هكذا أمرنا
ان نصنع بأشرافنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي أن من احتاج الى العلم يأتي

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء
وتأخيره من حيث ان
المحكم أدنى مرتبة من
القاضي لاقتصار حكمه على
من رضى بحكمه وعموم
ولاية القاضي وهو مشروع
بالكتاب والاجماع أما
الكتاب فقوله تعالى فابعثوا
حكاما من أهله وحكام
أهلها والصلابة رضى الله
عنهم كانوا مجتمعين على
جواز التحكيم

باب التحكيم

(قوله وعموم ولاية القاضي)
أقول المراد بعموم ولاية
القاضي هو تعدد الحكم
الصادر عنه الى غير المتخاصمين
كما في صورة القتل خطأ
وامثاله لانه يجب أن يكون
مولي على آحاد كثيرة من
الناس فانه قد يروض اليه
الحكم في قضية واحدة بين
الشخصين المعينين كما
لا يخفى الا انه يمكن ان يقال
لا يطلق اسم القاضي لثل
ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

(واذا حكم رجلان رجلا لبحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فبصح تحكيمهما وإذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنها وقعت فانما جازان في القضاء دون التحكيم عنده وأوجب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكم امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكم كما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز

٤٩٩

وتراضيها عليه في حقهما
كتقليد السلطان اياه وتقليد
الذي لبحكم بين أهل الذمة
صحح دون الاسلام فكذا
تحكيمه والمحدود في
الفذف وان تاب لانه ليس
من أهل الشهادة عندنا كما
سيأتي والفاسق والصبي
لعدم أهلية الشهادة فيهما
لكن اذا حكم الفاسق
يجب أن يجوز عندنا كما
في أول أدب القاضي أن
الفاسق لا ينبغي أن يقد
القضاء ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا لبحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فبصح تحكيمهما
وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشرط أهلية
القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي والمحدود في الفذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية
القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما في المولى

الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لياثبه وان كان أوجه الناس وأما القاض زيد الواسعة فاجتهاد من قوله صلى
الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداءه لعدى بن حاتم وان
الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالخلف
صادقا وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لا امر آخر وان اليمين حق المدعى له أن يستوفى وتسقط
باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز
لان لهما ولاية على أنفسهما فبصح تحكيمهما) وسند كره هذا فخص صات أولها قوله (وهذا اذا كان
المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي) الآن
يحكمه ذميا لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في الفذف
والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والفاسق اذا
حكم يجب أن يجوز عندنا كما في المولى) الفاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على
جواب المسئلة أعني قوله جازوه هذه شروط التحكيم فقد منها على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما
ينفذ حكمه كان مفيدا للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما ولو حكمه في عيب بالمبيع فقصى يرد له ليس للبائع
أن يرد على بائعه الا أن يتراضي البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فعين نذير رد على الاول ولو
اختصم الوكيل بالمبيع مع المشتري منه في العيب فحكم يرد على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب
يحدث مثله رواية واحدة الا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل
الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للوكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالصالح ثم تشترط
هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكمه بعد اذ عتق أو صيدا أو ذميا فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ
كافي المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم
العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المعنى يجوز
تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وتحكيم الذي ذميا لبحكم بينه وبين ذي يجوز لما ذكرنا

قال المصنف (فيشرط
أهلية القضاء) أقول وفي
المحيط يشترط أن يكون
الحكم أهلا للشهادة وقت
التحكيم ووقت الحكم جميعا
حتى انه اذا لم يكن أهلا
لشهادة وقت التحكيم وصار
أهلا للشهادة وقت الحكم
بان كان الحكم عبدا فاعتق
وحكم لا ينفذ حكمه هكذا
ذكر صاحب الاقضية

والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلة في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة
في فصل التقليد هو انه اذا استقضى الصبي ثم أدركه ايسر له أن يقضى بذلك الامر في باب الجمعة من صلاة المنتقى رواء ابراهيم عن محمد
والعبد اذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الامر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج
الدارية أيضا (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم
الحرة انتهى وفي شرح الكافي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل
هناك انتهى فلا يخافه كما توهم ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أي فوض الحكم اليه (قوله فلا
يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذي بقسمة المقابلة

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا) لان ما كان وجوده من شئين لا بد له من وجودهما أو ما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما أيضا فان قيل اخرج أحدهما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهبهم امضاء لانه) اذا نقضه لم يحكم الا بذلك (لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبهم لم يتمكن من نقضه ولو لم يصح التمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه (وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) (٥٠٠) بخلاف حكم الحاكم كاتمة دم فلانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبهم لعموم ولايته فكان

قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يردّه قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الأئمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وكفى الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكروا انحصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يمكن الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذ كر دليل

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبهم امضاء) لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطله) لان حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يمكن الاباحة فلا يستباح رضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح لانه لا يبقى به وبقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام

(قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) اذ هما المواليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن السلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نفذ حكمه لزمهما الصلح ودور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبهم امضاء لانه) لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه بعينه (وان خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد بخلاف المواليين لانهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليد دمه اياه بمنزلة اصطلاحهم ما على شيء في المجتهدات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا وهذا بين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز أن يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاص قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاف من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود والخالصه حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد انحصاف أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم المحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانهما يندران بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح) وفي

الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص خلاصة لاتستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الأئمة الحلواني مسألة حكم المحكم تعلم ولا يبقى بها وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز الا أن الامام الاستاذ بأعلى النسب كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يبقى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدى الى هدم مذهبنا

(قوله وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما) ما الخ) أقول كما يبيع فانه لا يفسخ الا باتفاق المتبايعين ففي الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبهم امضاء) أقول فعلى هذا حكم المحكم يلزم الوقف على مذهبهما في ديارنا بمضي الحاكم الختفى بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالاصح

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سيأتي في كتاب المعاقلة ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا ثبت) استثناعن قوله رده القاضي أي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (٥٠١) وأما أروش الجراحات فان كانت

بحيث لا تحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أروش الموضحة وهو خمسمائة درهم ونبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينه وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضي بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضي على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز أن يسمع البينة) يعني أهلها صار حكماء عليهم ما يتسلطهما جاز أن يسمع البينة (ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر المحكمين باقرار أحد الخصمين) بأن يقول لأحدهما اعترف عندى لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندى وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ومخالف للنص أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجوز أن يسمع البينة) ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة

الخاصة قضاء الحكم في الطلاق والعناق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأروش الجنايات وقطع يد عمدا بينة عادلة جائزا اذا وافق رأى القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصح عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف بأنهم مالا ولاية لهم على دمه ما ولد الا بما كان الاباحة يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحل لآخر قتله لا يدفعه وهذا لا يرد المقتضى عليه هو الاصل في التحكيم والآخر أعني الطالب تبع فكون أحدهما هو الذي تحكيمه ليس الاقوى عليك أن يستوفيه لا يقتضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر والاخر لا عليك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف بنفذه ذلك لا يفتى به وفيها روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه بطلاق اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامسالك المرأة المخلاف بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أو لا فقيها فافتاه ببطول لان اليمين وسعه امسالك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلان كل امرأته بتزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه بعمدة اليمين فانه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عمدا لا يفتواهما وفي الذخيرة فبين تزوج امرأته بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطول ذلك النكاح وببطال الثلاث يجوز وكذا لو حكم بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما مر يعني ما قد علمه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكمه في دم خطا وقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لانه يخالف رايه والنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطا (باقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كالاتعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقصر على نفسه فوجبت الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل تجب في مال الجاني بأن كانت دون أروش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث

أقامت عليه بينة بشئ لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم عليك انشاء الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فبذلك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لاني قضيضت عليك لهذا باقرارك أو بينة قامت عندى على ذلك (فانه يصدق في ذلك) (قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينه يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتنفيذ بالاقرار والنكول (قوله وقد ألزمتك ذلك الخ) أقول انشاء الا لزام والحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا ههنا (وان أخبر بالحكم مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا) (لم يصدق) لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالفاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل) لان أهلية الشهادة شرط (٥٠٣) للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى

والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الرأي) ولو حكم أحدهما لا يجوز لانهم ما انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كراي المتنبي ولا يصح ذلك على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهم ما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراء

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى أي متفرقة من شتى تشبها اذا فرق ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لمافات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو منشورة أو متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤولها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر

بعدها القضاء بالوارث والرحم وأنه لجدير بالتأخير لا محالة (واذا كان علول رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل عند أن يتدفيه وتداوله أن يتقب فيه كوة

مسائل شتى من كتاب القاضي

(قوله مسائل شتى أي متفرقة من شتى تشبها) أقول بل من شتى يشتمل شتى تشبها اذا فرق واقترق

ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لان كان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لان قضاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان علول رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداوله أن يتقب فيه كوة تحمله العاقلة لا يجوز قضاؤه أصلا لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعني المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بهذا فعندلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به هذا فانكر المقتضى عليه أن يكون أقرأ أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم مادام تحكيمهما قائما كالفاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذلك الحكم الا أن يخرج المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليه ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد أن قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالفاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لابويه وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لا تتقاهما (قوله ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأي) وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في أخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراء حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعي الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجوز لانهم ما ما جلاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا أو حر لم يجوز ولو حكم مسلم ومرد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق به دار الحرب لم يجوز حكمه عليهما ولو أمر الامام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جازو يصير كالفاضي ولو أمر القاضي رجلا لم يجوز الا بأذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يترضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكم رجلا فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جازوا ليس للحكم أن يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجاز القاضي لم يجوز الا أن يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعلى الوكيل الثاني ولو حكم واحد فحكم لاحدهما ثم حكم آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا أبطله وكتاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ يعقضى الكتاب

مسائل منشورة من كتاب القضاء

(قوله واذا كان علول رجل وسفل لا خرفليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداوله أن يتقب فيه كوة

عند

بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبنى على علوه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كنية فالأبرضا صاحب السفلى
(عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا لعل لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله (يعني أن أبا حنيفة إنما
منع عما منع إذا كان مضرا وأما إذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قولهما فإذا كان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يضر به الآخر
فصلا بمجموعهما عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (٥٠٣) أصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسيره

وانما (الأصل) عندهما
الاباحة لأنه تصرف في
ملكه والمالك يقتضي
الاطلاق) فلا يمنع عنه إلا
بعارض الضرر فإذا لم يكن
ضررا لم يمنع بالاق (تفاوت) انما
تظهر ثمة الخلاف (إذا
أشك) فعندهما (لم يجوز المنع)
لأن الإطلاق بينهما
والبقين لا يزول بالشك
(والأصل عنده الحظر لأنه
تصرف في محل تعاقبه
حق محترم للغير) وهو
صاحب العلو لأن قراره
عليه ولهذا يمنع من الهدم
اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه
يمنع المالك من التصرف
كما يمنع حق المرتبة من
والمستأجر المالك عن
التصرف في المهرهون
والمستأجر (والإطلاق
بعارض) وهو الرضا به دون
عدم الضرر فتأمل (فإذا أشكل
لا يزال المنع) لما ذكرنا
(قوله على أنه لا يعرى عن
نوع ضرر بالعلوم توهين
بناء أو نقضه فيمنع عنه)
استظهار على المنع لفائدة
ما قبله ذلك

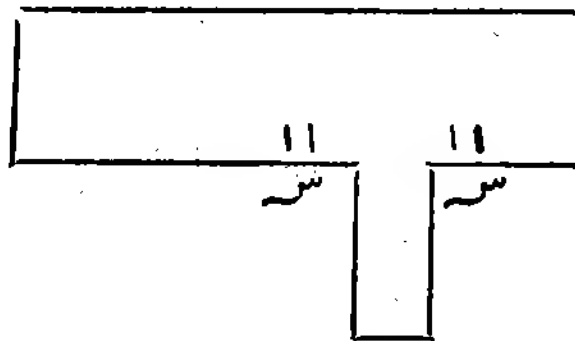
عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالوا يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا
الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه وقيل ما حكى عنه ما اتفقوا عليه وقيل ما اتفقوا عليه فلا
خلاف وقيل الأصل عندهما الاباحة لأنه تصرف في ملكه والمالك يقتضي الاطلاق والحرمه بعارض
الضرر فإذا أشكل لم يجوز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعاقبه حق محترم للغير كحق
المرتبة والمستأجر والاطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلوم من
توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا والاتفاق
على أن ليس له أن يهدم سده لما فيه من إبطال حق صاحب العلو في سكناه العلو (وقالوا يصنع ما لا يضر
بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كنيفا
والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتد ابتداء من باب ضربه (قيل ما حكى عنه ما اتفقوا عليه وقيل ما اتفقوا عليه)
لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا يضر به (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في
محل وقوع الشك في الاشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح
الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار والوقف فعندهما لا يمنع لأن
(الأصل) فيه (الاباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجوز المنع) لأن البقين
لا يزال بالشك كمالو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه
(وعندهما الأصل الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق
حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمهرهون والمستأجر تعلق به حق المرتبة فمنع الراهن من التصرف فيه
وذكر شيخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر
بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الإسلام أيضا إذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولا
لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار أنه إذا أشكل لا يملكه وإذا لم يضر بملك وذكر قاضيان لو
حفر صاحب السفلى في ساحة بئر أو ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو
وعندهما الحكم الأول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لأصاحب السفلى هدمه فلو هدمه يجبر على
بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قراره لو كالأهني إذا قتل المهرهون والمولى إذا قتل عبده
المديون وهذا أصل كل من أجبر على أن يفعل مع شر بكمه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شر بكمه فهو
متطوع لأنه طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنه بينهما امتنع أحدهما عن كربه وكري
الآخر أو سفينته تخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عيده مشتركة جنى
فقدما أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعا كقولهم لا يضر بالسفل لا آخر
وسقط السفل فيمنع الآخر لا يكون متطوعا لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه فكان في بنائه إياه مضطرا

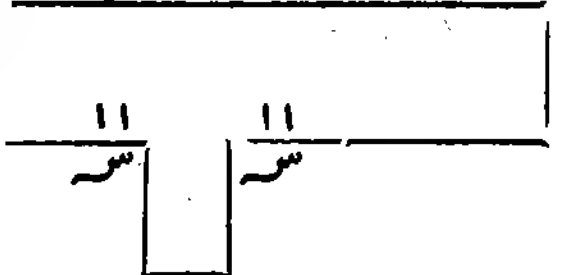
(قوله وانما تظهر ثمة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول كهذه الأشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر)
أقول وفيه بحث يظهر من لائحة السياق ألا يرى أن المراد أشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى الباء
متعلق بعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيه على
أن العدم أمر لا يثبت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض العدم وليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون
إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى) لأن قصده للروور ولا حق لهم في المرور أذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون لأهل الأولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

ليصل إلى حقه وإذا بناه وبنى عليه علوه منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلاف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا إذا كان يمكنه قسمة الساحة ليبنى في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وزكر الخصاص أنه يرجع بما أنتق وهو إذا عتدى في غايه الحسن إذا كان بقضاءه ويجب أن لا يضمن لوء البناء السفلى على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما إذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه إذا بنى لا يكون متطوعا وكذا إذا انهدم بعضها لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار الجارين سطح أحدهما أعلى ومسيل ماء العليا على الأخرى فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبنى عليه ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسديد مائه إلى طرف الميزاب وإذا انهدم السفلى أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكافه العمارة لأجل أسالة الماء لكن يبنى هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلو وبين حق التسديد حيث لو هدم في الأول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان أحدهما عليه خشب فبنى أحدهما للبناء أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الأفضية حائط مشترك أراد أحدهما أن يشر به أن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وإن كان بحيث يخاف عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وإن هدماه وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر أن أس الحائط عر بضائع كنه أن يبنى حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وإن كان لا يمكن يجبر كذا عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر أنه لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة رجوع على الشريك بنصف ما أنفق إن كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضلى لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضي وإن كان بلا قضاء فنصف قيمة البناء انتهى فلو حل ما قدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما إذا كان بلا قضاء وقول الخصاص مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما إذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو الحمل وهذا لأنه لا كان مضطرا في البناء كان له نصيب ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما باذن الشريك لأشك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراد الآخر كإلوهما وإن هدمه بغير إذن الشريك وفي كتاب الخيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرب السكة المختارانه يمنع فلو هدم مع هذا وأنه يضر بالجيران إن كان قادرا على البناء يجبر على البناء قبل والاصح أنه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانه هدم دار جاره لا يضمن (قوله وإن كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعني المنشعبة (فليس لأحد من (أهل الزائغة الأولى) إذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة أن يفتح في جداره ذلك بابا في الزائغة المنشعبة وهذه صورتها



قال (واذا كانت زائغة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة



ليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لأن فتح الباب للروور ولا حق لهم في المرور لأن المرور فيها لأهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لأحد أن يفتح بابا بغير إذنه فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لأن تلك السكة لهم خاصة

بمخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لان فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى ولهذا لو فتح كوة أو بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح (٥٠٥) أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح

لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائفة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام الترمذاني والفقهاء أبو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزائعتين جميعا لان الإشارة بذلك إلى المتن والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل أرأيتم ان أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من الله غير الله بأنبيكم به أي بذلك على أحد الوجهين وأن كانت الزائفة القصوى مستديرة قدر لزق طرفها بغير سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أي موضع شاء لانها سكة واحدة اذهى ساحة مشتركة

بمخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لان فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح أن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قدر لزق طرفها فلهما أن يفتحوا) بابا لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

والذي يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولاحق لاهل الزائفة الاولى في المرور في الزائفة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بمخلاف اهل القصوى فان لاهلهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها و (بمخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذا له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذا لم يكن مراقبته ليللا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عما يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب عمدا لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للتظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المتشعبة (مستديرة فلهما أن يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها

باب في الشفعة

وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ طينانا ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا ويفعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الاذن داره للشترى أن يأخذه برفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابل لبيانه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للشترى أن يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو أن لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهم قد دم الحائط فوقه نقضه في داره فأراد أن يدخل لبيال الطين وغيره فنفعه صاحب الدار وله مجرى ماء في داره فأراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنع به يقال له اما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بما له أو تفعل بما لك كذا روى عن محمد بن أبيه أخذ الفقيه أبو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضرب صاحبه وان يتوضؤا بحيث لا تضيق عليهم الطريق يروهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر أن يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ فغير أن في الطريق لا يضمن نقصان

(٦٤ - فتح القدير خامس) لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها هذه الصورة

باب في الشفعة

(قوله فيجوز أن يكون حالا الخ) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة في اتصال الاستثناء أمل (قوله لان الإشارة بذلك إلى المتن والجمع صحيحة) أقول يعنى أن الإشارة بلفظ ذلك إلى المتن والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر

الحفر وفي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع
 بناءها وأراد ألا يخرمعه وقال تعد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها جاما أو تنورا
 وإن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة لم يكن
 لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه ما يسترهم به ولو اتخذ بئرا في ملكه
 أو كرى ساء أو بالوعة فنزمتها حائط جاره وطلب جاره منه تحويلة لم يجبر عليه فإن سقط الحائط من ذلك
 لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلا شكك إليه من
 بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فسجدت البئر فكسها صاحبها
 ولم يفتحه بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني وفي
 مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة لاغتم والجيران يتأذون من تنن السرقين ولا يأمرون على الرعاة ليس
 لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفر في داره بئرا فنزمتها حائط جاره ليس له منعه قال في
 فصول العمادي نقلا عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك وذكر
 غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه اظاهر الرواية لأن صاحب البناء
 كان ينتفع به هو أو ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فأنما منعه
 عن الانتفاع بملكه ولم يناف عليه ملكا ولا منفعة فصار كالمالك لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد
 قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصور هذه المسئلة رواية في مسئلة
 لا رواية لها في الكتب ومصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعبارة بيتان لرجلين لكل
 منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويحجب له داسقفين قال في الفتاوى الصغرى إن كانا في
 القديم بسقف واحد لا آخر أن يمنعه وإن كانا بسقفين فليس له منعه قال وحده القديم أن لا تحفظ أفرانه
 وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلما أقام أحدهما البنية على أنه قديم والاخر على أنه محدث
 فبينة القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على
 قياس هذه المسئلة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته داسقفين ويمنعه من الانتفاع به هو أو ملك نفسه
 انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسئلة وهي مسئلة البقيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء
 من الحوائج الأصلية وفي مسئلة الأصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى وأما
 قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر
 كالتعازير والحدود ونحوها وطبقة طبع ينتشر به دخان قد يتجسس في خصوص أما كن فيتضرر به
 جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا إذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما أرى نالك من
 الضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي إلى هدم
 بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رحمه الله أن الدار
 إذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحي للطحن أو مدقة للقصارين
 يمنع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قبل وأجعو على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها
 ودوران الرحي من ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدله
 مطلقا لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى
 ضرره إلى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم
 وما يوهن البناء سببه أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء
 بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه وأما التوسع إلى منع كل ضرر متافيسد
 باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه شجرة سطعها وسطح جاره

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار بدرجل ادعى عليه آخران له فيها حق وانكر ذواليدتم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الانكار وسبأني الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقدره شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على انسان شيئا لم تصح دعواه أجاب بأن المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط ولا تفضي الى المنازعة والمنازع منها ما أفضى اليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى اما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولا فان كان الثاني صح (٥٠٧) دعوى من ادعى على انسان شيئا

لكنها لم تصح ذكره في النهاية تأقلا عن الفوائد الظهير بقوان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختبار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط صحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسد لا يترب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار مما يدعى فلا يكون رده مفيدا قال (ومن ادعى دارا في بدرجل الخ) اذا ادعى دارا في بدرجل أنه وماله منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم ويجوز دعواه ذواليد فمثل البيضة فقال لي بيضة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فبعدني

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهو مسألة الصلح على الانكار) وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط ولا تفضي الى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى دارا في بدرجل انه وهبها له في وقت كذا فمثل البيضة فقال بحججني الهبة فاشترى بها ثمنه

متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو أراد أن يمنع من الصعود حتى يتخذ ستره ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره المنع وان كان لا يقع لكن يقع اذا كفوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العماد وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وان كان بصره يقع في دار جاره ألا ترى أن محمد ارجه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في عا لوه مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره بيننا الساحة أن يشاركه في بنائها لأن يسقط هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دارين رجلين قسمهاها وقال أحدهما بنيتي حائطا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان أحدهما ما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببناءه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعل القاضى للمصلحة وتطيرها في فناوى أبي الليث رجل في داره شجرة فصر صاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنع القاضى منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضى المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختاران المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستر وأنفسهم لان هذا جمع بين الحقين (قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهو مسألة الصلح على الانكار وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى) ونقل في النهاية عن بعضهم انه أراد بالدعوى مقدار معيننا كالثمن ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والظاهر الذين انه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لاقتداء اليمين واليمين انما تنوجه اذا صحت الدعوى قال وهـ اذا يشكل على قول أبي حنيفة فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فصالحته على مال دفعته اليه صح مع أن اليمين لا تنصرف في النكاح عنده فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة) يعني وهو المانع (قولا) ومن ادعى دارا في بدرجل انه وهبها له في وقت كذا فمثل البيضة كقوله منذ شهر وسلمها الي فلكتما وهي الآن في يده وأطالبه بدفعها الي فطالبه القاضى بالبيان فقال ليس لي بيضة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشترى بها ثمنه

الهبة فأضطررت الى شرائها ثمنه فاشترى بها ثمنه وأشهدت عليه

(قوله فان قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الاول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفيدة لساير العقود وفيه سد الصلح أيضا ويجاب بأن المفيدة هي الجهالة المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لانها جهالة في الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الاول بل الجواب حينئذ هو ما يجب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا تنوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفقدى بالصلح على ما سيجيء (قوله لانه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لاقتداء اليمين على ما كتبه من النهاية ومعارض الدراية في الهامش

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قبل لو جاز قيام الحدود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لا مرة بعد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج بزوجة أخرى إقامة لهم مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فإن قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فإن العقد لا يفسخ بمجرد تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم إن كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو أمسالك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وما يضاهايه كالاستخدام لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لو جود الفسخ منه مادلالة وبه يندفع ما قال زفرانه لا يحل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتركها لا ولم يوجد ذلك لأن النقيض موجود دلالة (قوله ولأنه) دليل آخر فإن المشتري لما جدد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فوات رضا البائع وفواته بوجوب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما هو والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٠٩) بجوده فسخاً من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب

على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرصاً أو غن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال أنه ز يوف صدق سواء كان مفصلاً أو موصولاً دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك أن الز يوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو أمسالك الجارية ونقلها وما يضاهايه ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فوات رضا البائع فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها ز يوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضاً

معاجيت يفسخ قطعا (فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من أمسا كهأ أو نقلها إلى بيته فإن أمسا كهأ لا يحل بفسخ فكان الفسخ ثابتاً بدلالة كمن قال لا أخرجك هذه الدابة يوماً بكذا الترتيب إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركها كان ذلك قبولا دلالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسر العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكفي بمجرد النية وبني في الفوائد الظهيرية عليه فرعاً ذكره في الجامع اشترى عبداً ثم باعه من آخر فجدد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا يثبت له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تخليف الثاني يردّه أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جدد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فوات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسند كرتظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) هنامسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين أمامسائل القبض ما إذا أقر (أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها ز يوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضاً القبض) يعني أقر أنه قبض من مديونه بدين فرض

استبد الا وهو فيها لا يجوز كما تقدم فإن قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجهاد جلا لخاله على ماله حق قبضه لا ماله ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه ز يوف لم يسمع منه فيكذاه هذا أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجهاد وهو ممنوع للأزمة وقوله جلا لخاله على ماله حق قبضه مسلم والز يوف له حق قبضه لأنه دون حقه وإنما الممنوع من القبض ما يز يدعى حقه وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجهاد فلا قرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجهاد فدعواه الز يوف لم يكن متناقضاً بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنهر جة كالز يوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم

(قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهايه والمفهوم من السياق هو التأخر ووجهه غير خفي (قوله لفوات ركن البيع) أقول فيه بحث لأن الرضا شرط إلا أن يجعله ركناً مجازاً (قوله أو غن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال أنه ز يوف) أقول أي المقبوض ز يوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فإنه إذا صدق في قوله مفصلاً على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولاً بالطريق الأولى

وعلم من هذا أنه لو أقر بالجيد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زبواً أو نهباً لم يصدق لا قراره بقبض الجيد من حيث في الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الجيد والتمن جياذ والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزبوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القميل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القميل الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم الجياذ ثم ادعى أنها زبوف فإنه لا يصدق لا موصولاً ولا موصولاً وفيما بقي لا يصدق موصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه أو حتى عليه جعل مقراً بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كالأول قال افلان على ألف الأمانة فأما إذا قال قبضت عشرة جياذ فقد أقر بالجودة بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال افلان على مائة درهم ودينار الدينار كان الاستثناء باطلاً وإن ذكره موصولاً كذا ههنا (قوله وفي الستوفة لا يصدق) يعني لو ادعاه بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوز به في الصرف والسلم لم يحز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم أن كان موصولاً لم يسمع وإن كان موصولاً يسمع والستوفة أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوفة أولى وكان الاعتراضين وقعا للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فان كلامه فيما إذا قال موصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

فأنه لا تراخي ولا نزاع في غير الزبوف والنهب رجعة أنه إذا ادعاه لا تقبل موصولاً وأما أنه هل يقبل موصولاً أو لا لم يصرح بذلك كره اعتماداً على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل موصولاً ويقبل موصولاً وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقى الكلام فيما إذا أقر بالدراهم

ووجهه أن الزبوف من جنس الدراهم إلا أنها معينة ولهذا لو تجاوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياذ فيصدق لأنه أنكر قبض حقه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياذ أو حقه أو الثمن أو استوفى لا قراره بقبض الجياذ صريحاً أو دلالة فلا يصدق والنهب رجعة كالزبوف وفي الستوفة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنهب رجعة ما رده التجار والستوفة ما يغلب عليه الغش

أقرضه أو تمن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصب منه أو أودعني ألف درهم ثم قال إلا أنها زبوف أو نهب رجعة أو قال بعدتم هو زبوف أو نهب رجعة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط أقر الطالب أنه قبض بماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدته زبواً فالقول قوله وصل أم فصل وإطلاق المصنف قوله يصدق يفيد وهذا بخلاف ما إذا أقر بالدين في المبسوط في باب الإقرار بالدين لو قال افلان على ألف

الجياذ وادعى أنها زبوف فإنه لا يقبل موصولاً ولا موصولاً كانه دم ويجب أن ذلك بأن المنع هناك درهم عن قبول الموصول أنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الأصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف

(قوله لو أقر بالجيد وهو حقه أو بحقه) أقول قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجياذ قال المصنف (أو استوفى) أقول معطوف على قبض الجياذ والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزبوف متناقضاً) أقول لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق إذا وصل أيضاً والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه الخ) أقول قوله أنكر أي في زعم السائل وقوله أقر أي دلالة ثم أقول قال العلامة الزيلعي وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين في البيع فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم يدعواه العيب بعد ذلك صار متناقضاً فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقرب قبض حقه وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالإقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب وفيه بحث لأنه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لأنه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لأن قوله جياذ مفسر لا يقبل التأويل بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيجتمل التأويل هكذا قبل (قوله والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول ولا ينبغي عليه أن يدعواه كونها زبواً لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعني البيان موصولاً (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما (قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول فيه ما مر

درهم من ثمن مبيع أو قرض أو اجارة إلا إنها زبوف أو نهرجة لم يصدق في دعوى الزبافة وصل أم فصل
 في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق أن وصل لا أن فصل ولو قال لفلان على ألف درهم من غير ذكر
 سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لأن مطلق الاقرار بالدين ينصرف إلى
 الالتزام بالتجارة إذ هو الاثنى بحال المسلم وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة تصير
 مستحقة بعقد التجارة فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتأتي الحجج أن
 شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد إذا فصل لا يقبل في جميع الصور لأنه كإذ كر العشرة
 فهم الجياد وقوله هي زبوف رجوع عما أقر به قلنا في مسئلتنا إنما أقر بقبض الدراهم وقبض
 الدراهم لا يختص بالجياد لأن اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزبوف والنهرجة
 فإذا قال هي زبوف أو نهرجة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم من كرا أنه
 قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع يمينه إذا كان لا يخربك ذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لأن
 الأعم يصدق على كل أخصر فإذا اتى أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه مما صدق أنه الأخرى لا يكون
 مناقضا بل هو مالو قال هي ستوفة أو رصاص لا يقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعا وأما
 لو اعترف أنه قبض الجياد وحقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزبوف والنهرجة
 لأنه في هذا تقر بقبض الجياد صريحا في الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي
 الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها
 على السواء فإنه إذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى أنها زبوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي
 يصدق موصولا لا مفصولا والفرق أن قوله قبضت مالي عليه أوجبني اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ
 واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الأمانة أما إذا
 قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها
 زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما إذا قال على مائة درهم دينار الدينار
 فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولا فإن قيل يجب أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الاقرار
 بلفظ واحد لأن الجودة تباع للدراهم وصفة لها واستثناء التباع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من
 الدار لا يصح وإن كان موصولا قلنا إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار بما فلا يجوز
 انزاجه موصولا وأما الجودة فقد دخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لأنه أقر بقبض ما عليه وكما عليه
 تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخله تحت قوله مالي عليه وحقي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناءه
 موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد أن نقله فيه نوع تأمل وعندى أن التأمل يشده لا يرده وكأنه
 والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من أنها تباع وصفة للدراهم والصفة أبدأ تابعة
 للموصوف وهذا هو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحصل رده على السائل أن ما يكون تبعا
 في الوجود قد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصده
 الباقي سواء كان تبعا في الوجود له أو أصلا مثله وإنما كانت الستوفة ليست من جنس الدراهم لأن غشها
 غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والتسبة إلى الغالب متعين فإذا كان الغالب هو الغش فليست
 دراهم الاحتجاز ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة والأوسط
 نحاس وهي شبه الموهو وتعقب في النهاية إطلاق قوله في الستوفة لا يصدق بل ذلك إذا قال مفصولا أما
 في الموصول يجب أن يصدق لأنه قال في اقرار المبسوط لو أقر أنه قبض خمسة دراهم عماله على المدينون
 ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وإن قال موصولا
 فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن منها معنى فكان بياناً مغير الطاهر كلامه إلى

فانه ما عزا إلى شيء من
 النسخ ونسب إليه باستثناء
 الدينار قد لا ينهض لأن
 الجودة وصف لا يصح
 استثناءه فكأنه لم يستثن
 ثم فسر الزبوف بما ريفه
 بيت المال أي رده والنهرجة
 بما رده التجار ولعله أراد
 من الزيف والسـتوفة
 ما يغلب عليه الغش قيل
 هو معرب ستو وهي أردأ
 من النهرجة حتى خرج
 من جنس الدراهم

(قوله لا يصح استثناءه)
 أقول مطلقا وإذا كان
 دخوله في المستثنى منه
 تبعا لمقصودا والثاني مسلم
 ولا كذلك فيما نحن فيه
 والاول ممنوع

قال (ومن ادعى على آخر ما لا الخ) اذا ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك على شيء فقط ومعناه اني الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعى البينة على ما ادعاه واقام المدعى عليه البينة انه قضاء او على الابرأ قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فكان مناقضاً في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق أظهر لان ليس (٥١٣) لنفي الحال فاذا أقام المدعى البينة على

المدعى به والمدعى عليه
على القضاء أو الأبرأ قبل
زمان الحال لم يتصور تناقض
أصلاً فالواديات المسئلة على
قبول البينة عند إمكان
التوفيق من غير دعواه
واستدل الخصاص المسئلة
الكتاب بفصل دعوى

القصاص والرق فقال ألا ترى
انه لو ادعى على رجل دم عمه
فلما ثبت عليه أقام المدعى
عليه بينة على الابرأ والعفو
أو الصلح معه على مال قبلت
وكذا الوادى رقية جارية
فأنكرت وأقام البينة على
رقية ثم أقامت هي بينة على
انه أعتقها أو كاتبها على ألف
وانما أدت الألف اليه قبلت
ولو قال ما كان لك على شيء
قط ولا أعرفك أو ما أشبهه
كقوله ولا رأيتك ولا جرى
بيني وبينك مخالطة والمسئلة
بحالها لم تقبل بينته على
القضاء وكذا على الابرأ لتعذر
التوفيق اذا لا يكون بين اثنين
أخذوا عطاء وقضاء واقضاء
ومعاملة بلا خالطة ومعرفة
وذكر القدرى عن أصحابنا
انه أيضا تقبل لان المحجب أو
المخدرة قد يؤذى بالشغب على

قال (ومن ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك على شيء فقط فاقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة
على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الابرأ وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد
أنكره فيكون مناقضاً ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويرأ منه دفعا للخصومة والشغب
ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء فقط
لان التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على
الابرأ لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء واقضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر
القدرى رحمه الله انه تقبل أيضا لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابيه فيأمر بعض وكلائه
بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق

خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقروا وشهد بخلافه خصمه وان لم يغلب على ظنه
فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاختصاص والله الهادى (قوله ومن ادعى على آخر ما لا)
معلوم القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء فقط فاقام المدعى البينة
على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته وكذلك) لو أقامها (على الابرأ وقال زفر لا تقبل)
ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء
قط فاذا أقام بينة على انه قضاء ناقض (ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وان
لم يكن عليه حق (ويرأ منه و) لذا (يقال قضى بباطل و) أيضا (قد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى
وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر) لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا
بل هو القضاء أو الابرأ بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضى قبول البينة اذا
احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محدد دعوى التوفيق ولم يذكر في
بعض المواضع فقيل بشرط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية
لا ينبغي للقاضي أن يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشاء اولان القاضي لا يدري ما يوفق به المدعى
وفي الفوائد الظهيرية كان والذى يفتى بأن التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كي لا تعطل
حجج الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن يسمع البينة بلا توفيق
المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على انه قضاء ونحوه وان كان منكفلا باعتباره القاضي واقعاما لم
يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهبالي ثم أنكر فاشترينها وكذا فيما أتى في الجارية لم أبعها
له ولا يمكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يرثني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للجهل هذا
(فلو) زاد على ذلك (قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك
مخالطة ولا أخذوا عطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الابرأ (لم
تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدرى) عن أصحابنا (انه تقبل أيضا لان المحجب أو المخدرة
قد يؤذى بالشغب على بابيه فيأمر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

(٦٥ - فتح القدير خامس) بابيه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا فالوادى على هذا اذا
كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابرأ في هذا الفصل بانفاق الروايات لانه يتحقق بالمعرفة

قال المصنف (ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويرأ) أقول مخالف لما سألني في الاقرار في تعليل كون قوله قضيتكمها
اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضاً في دعوى القضاء لا ظاهرا
ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضاً من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء (٥١٤) فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة وأراد ردّها

على البائع فأقام البينة على أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف أثبتته عن أبي يوسف وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فإنه لو أنكره أصلا ثم أقام البينة على القضاء أو البراءة قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سأته أن يبرئني من العيب فأبرأني وجهه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك يقتضي وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضا بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله الخ) إذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام به هذا كالحق فهو وولي ما فيه وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها اصبعان زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا كالحق فهو وولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذي ذكرناه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بهذا كالحق وقولهما استحسان ذكره في الإقرار) لأن الاستثناء ينصرف

بحسب التفصيل فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته ولا قبلت وفي الشافعي لو قال لم أدفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئا وقد دفعته أما لو ادعى إقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهما لم يجمع ولهذا الوصفه المدعى عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرناشي وقبل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن البراءة يتحقق بالمعرفة (قوله ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائه) أيها منه فقبضها (فوجد بها اصبعان زائدة) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة فليعلم أنه كان في يد البائع وأراد ردّها (فأقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل) وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهرا للرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وإنما حكاه الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سأته أن يبرئني من العيب فأبرأني قال شارح ولأن البيع غير البراءة من العيب فجعلوا أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكيلًا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعته لك قط صدقا فأقامه البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه أعم لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك وتطير ما ذكر التمرناشي أقام بينة على الشراء وذو البدين شكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ولا يبطل إنكاره البيع بينته لأنه يقول أخذها مني بينة كاذبة ثم استقلته فأقالي (ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا) ولا يخفى أن كلامنا وجهي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا (قوله ذكر حق) يعني صكا في إقرار بدين (قال في آخره ومن قام به هذا الذي ذكره وولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب (إن شاء الله) من صلا هذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه إن شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله) الدين في الأول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمن الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد) اتصل به الاستثناء (فينصرف إلى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وأمر أنه طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف

التي كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذي ذكرناه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بهذا كالحق والشراء صحيح والمال المقربة لازم لأنه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه الاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فافرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبعاد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتباً ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذي كره للاستيثاق مطلقاً واذا لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبعاد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا يبي حنيضة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشي واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب

فصل في القضاء بالمواريث قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) ومن قام بهذا الذي كره فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب

به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذي كره في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بضائر لانه في الاسقاط فان المقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من خصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاختراز عن قول ابن أبي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضى بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبي حنيفة فان الرضا بوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

الى ما يليه لان الذي كره للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد ان الكل كشي واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب

فصل في القضاء بالمواريث قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته)

الى ما يليه لان الذي كره للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد ان الكل كشي واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب

فصل في القضاء بالمواريث قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته)

قد تقدم لنا الكلام فيما يجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكرنا مسألتي مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما ان يقال كان ثابتاً في الماضي فيكون ثابتاً في الحال كحياة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سند كره وهو حجة دافعة لا مثبته عندنا كما عرف في أصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

فصل في القضاء بالمواريث قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فأنا

قد تقدم لنا الكلام فيما يجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكرنا مسألتي مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما ان يقال كان ثابتاً في الماضي فيكون ثابتاً في الحال كحياة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سند كره وهو حجة دافعة لا مثبته عندنا كما عرف في أصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

قال المصنف (وله ان الكل الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك في الاستثناء بالا وقوله ان شاء الله شرط ساغ اطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

فصل في القضاء بالمواريث

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى أقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيماً للحال أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جارياً في الحال كان القول للاجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعاً كان القول للسناجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعت به لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الاصل في الحادث الاضافة الى أقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبر الاستحقاق على أنه يتلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر

(قوله كان القول للاجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الاجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جارياً في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الاجرة - فتسكنم بالحال لا تثبت استحقاقه الاجر قلنا اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة لنا كيد وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشكل هذا بمسألة ذكرها في الاصل اذ مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حجة على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال (٥١٦) وهو البتة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة (وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيمضاف الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعت به لدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق

أستحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق الا بيينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلهما أن تحلفهم على العلم (وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث في الظاهر) اضافته الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان (من الميراث) ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر (هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال) (نعت به لا يدفع وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب

ثابت في الحال أما اذا انفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً ألا يرى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستاجر كان الماء منقطعاً

شهرين وقال الآخر بل انقطع شهرًا فالقول للسناجر مع يمينه منقطعاً كان أو جارياً في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدروا انقطاع مقدروا ذلك غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لافي نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقدروا هذا هو المأخذ في المسألة وذكر الامام الترمذي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبان في المرض بعين صاها وهو فارابه وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشكل هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البتة بحث ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البتة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البتة فقط (قوله وهذا أي تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في يعتبره راجع الى الظاهر لا الى الحال كما لا يخفى

(قول المحشي الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال القاضل الشهير بخضر شاه عليه رحمة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها لا يثبت الحكم بنفسه بل اذا نقله الى مجلس القاضي وحكم القاضي بها ولم يرى ان هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هادي الاعلام اه وقيل معناه ان حكم البيع لثبوت الملك للمستترى في البيع وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما ان الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد به كما لا يخفى

(ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالحق قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وهذا القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منها اجتماع نوع الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حاد ثانيا بالنظر الى ما كانت (٥١٧) فيما مضى والاصل فيه أن يبقى هو

من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قوله وأما في الثانية فلان نصرانية كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي أن يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب أنه معتبر في الدفع

ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالحق قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجره الماضي فكذلك هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كخبر الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقا (ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالحق قولهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا (لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون) والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيه ما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها أجر الماضي اذا كان جاريا أجيب بأن هناك اتفاقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلف في التأكيده والظاهر يصلح حجة للتأكيده وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهم مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالحق للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البتة أجيب بأنه انما يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلف في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلف في مقدار منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسئلة الطاحونة اذا انقطع على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهر فالحق للمستأجر مع عيینه منقطعا كان الماء أو جاريا في الحال لانهم اختلفا في جريان مقدرو غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لاني نفس الاسلام انه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدرفه هذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذي في مسئلة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنها ابنتها في المرض فصارت أفا تارث وقالت الورثة بل في الصحة فالحق قولها لانها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع (قوله ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم) مثلا (وديعة فأقر المستودع انه ابن الميت لا وارث له غيره)

لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونفوض بنقض اجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لا ثبات الاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعي المستأجر على الآخر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره فيقضي الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

لانه أقر أن ما في يده حق الوارث وملئكه خلافة ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقراره على مال الغير ولقائل أن يقول كان الواجب في المسئلة الاولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما وجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين (٥١٨) وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثمة باقراره بيقين

وما وجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤثر اليقينية فيه فاذا امتنع في الودعة حتى هلك هل يضمن أولا قبل يضمن وقبل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قبل لا علمك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الدين تقضى بامثالها ولو أقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأنكره الاول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال الاول لانه لما صح اقراره الاول في وقت لا من احمل له انقطع يده عن المال فالأقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لم يكن به

لانه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدموته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الدين تقضى بامثالها فيكون اقراره على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لا خير هذا ابنه أيضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال الاول) لانه لما صح اقراره الاول انقطع يده عن المال فيكون هـ ذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره الثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لا مكذب له فصح وحين أقر الثاني له مكذب فلم يصح

فان القاضي يقضى عليه بالدفع اليه (لانه أقر أن ما في يده حق الوارث) ملأه (خلافة فهو كما اذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أي بقبض الودعة (أو أنه اشتراه) أي اشترى الودعة التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع) وملئكه في الودعة الآن (اذ هو حي فيكون اقراره على مال الغير ولا كذلك بعدموته) لزوال ملكه فانه أقر له ملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للعال وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالأقرار بالوكالة بقبض الودعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الودعة هل له أن يستردها قبل لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والذي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الودعة للذي أقر له بالوكالة حتى هلكت قبل يضمن لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقبل لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون اذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقرر على مال غيره (اذا الدين تقضى بامثالها) والمثل ملك المقر (فانما أقر على نفسه) حتى يرجع عاياه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لا خير هذا ابنه أيضا وأنكره الابن الاول قضى بالمال الاول) وحده (لانه لما صح اقراره الاول) على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقراره على) الغير وهو الابن (الاول فلا يصح) كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر الاول لا مكذب له فصح وحين أقر الثاني له مكذب (وهو الاول) (فلا يصح) وهل يضمن الابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع لابن الثاني شيئا باقراره لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى لابن الثاني الذي أقر له اذا دفع الودعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحد في قول لا يضمن لان اقراره الثاني صادق ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي أن يضمن المودع لابن الثاني الذي أقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول بالودعة ثم أقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته فلنا هنا أيضا يضمن اذا دفع الودعة الى الابن الاول

أحد فصح اقراره وحين أقر الثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى الاول وأجابوا بالترام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الودعة من القاضي بعدما أقر لغيره من أقره القاضي وقد تقدم في أدب القاضي وأما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

(قوله كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسلمتها من القاضي اذ لا منافاة بين تسلمتها منه وكونها مني أقره فانهم

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لبيه مات وتركها ميراثا له فاما أن يقر به ذواليد أولا فان كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوه ولم يعددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الوارثة لأنهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالجهول متعذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثا غيره وفيه يقضى الحاکم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم اذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الوارثة ولم يقولوا في (٥١٩) شهادتهم لا يعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى

وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يجب حرمانا كالأب والابن فان كان ممن يجب بغيره كالجد والاخت فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه أو فر النصبين وهو النصف والرابع عند محمد رحمه الله وأقله ما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كقبيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل أراد به ابن أبي ليلى وقال له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة

قال المصنف (واذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله ولم يقولوا في شهادتهم لا يعرف له وارثا غيره)

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كقبيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا تعلم له وارثا غيره

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في اللقطة اذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو أقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أولم ادعى وصية بألف مثله انه صادق فالقاضي يتأني في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوروم والبنات كالابن وفي الوصية هو مقرر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميت واذا تأني ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانته وان كان غير ثقة تلتوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدّر مدة التلوم شيء بل موكل الى رأى القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدر يحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية قال وعن أبي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذواليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أم لا لا يدفع الى أحد منهم شيئا لاقبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا تعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالاخ والأب والام والبنات كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره وادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأه وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيره وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذواليد وقال لا أدري للميت وارثا غيرهما أولا لم يكن المدعي الوصية شيء ثم هذا الاقرار يدفع القاضي الى الأب والام والاخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفردا ما عند الاجتماع فلا يراحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا راجعه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذي البنوة أو الاخوة أو البنوة أولى بعدما يستحق الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية فان قام أخذ بها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذواليد ان الميت أقر ان هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عابناه أقر بخلاف النكاح وولاه المولاة والوصية لان ذواليد أقر بسبب منتقض (قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء) أو بين الوارثة (لا يؤخذ منهم كقبيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كانه عن ابن أبي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة (وقالا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا تعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل

أقول أو غير بما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله هل يؤخذ منه كقبيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذاني لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكران كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال وبأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة اهـ

لهم أن القاضي ناظر للغيب والظاهران في التركة وارثا غائباً وأوغير غائباً بالان الموت قد يقع بغتة
فيحتمل بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه وأعطى امرأه الغائب النفقة من ماله ولا ي
حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعاً أو ظاهراً فلا يؤخر الحق موهوم الى زمان التكفيل لكن
أثبت الشراء عن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل

بالاتفاق واذا قال الشهود لا نعلم له وارثاً غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث
من يجب أو لا يجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسننا ثم ماذا كرم من نقي الدفع اذا لم يقبل
الشهود لا نعلم له وارثاً آخر هو فيما اذا كان وارثاً لا يجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر
الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى داراً في يد رجل انما كانت لبيته مات وتر كها ميراثه وأقام
على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتر كها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئاً
حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوماً والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة
فصول الاول هو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه
ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان
مالاً هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره فان القاضي يتلوم زماناً على قدر
ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وبأخذ كفيلاً عندهما
ولا يأخذ عن أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان عن
لا يجب كالأب والابن فان كان يجب بغيره كالأخ والام لا يدفع اليه وان كان ممن يجب
بجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد أوفرهما وهو النصف
للزوج والربع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما اذا
ثبت بالاقرار فيؤخذ بالكفيل بالاتفاق ومن صورته ما اذا أقر المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يزد عليه
فالقاضي يتأني على حبيب ما يرى ولا تقدير فيه وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زماناً
يغلب على ظنه انه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال
وأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل بأخذ
عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينه (لهم أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر
لهم (والظاهران في التركة وارثا غائباً وأوغير غائباً بالان الموت قد يقع بغتة فيحتمل بالكفالة كما اذا
دفع) القاضي (الآبق واللقطة الى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلاً (للمعنى الذي ذكرنا
وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر انفسه (و) كذا اذا (أعطى امرأه الغائب) يعني
اذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل ودية وهو مقرب بالزوجة
والوديعه فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلاً (ولا يحنيفة رحمه الله ان الحق ثابت قطعاً)
أي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوماً (أو ظاهراً) فيما اذا كان موجوداً والقاضي لم يكلف باظهاره
على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل
(الحق موهوم) أرايت لولم يجد كفيلاً كان منع حقه هذا ظمناً وصار (كمن أثبت الشراء عن في يده)
لا يؤخذ كفيل من المشتري بعدما أثبت شراءه بالحنة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت
دينه على العبد) بالبينه (حتى يبيع) العبد (لأجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشتراً آخر

لهم ان القاضي ناظر للغيب
ولا نظر بترك الاحتياط
في أخذ الكفيل فيحتمل
القاضي بأخذه كما اذا دفع
القاضي العبد الآبق
واللقطة الى رجل أثبت
عنده أنه صاحبه فانه يأخذ
منه كفيلاً وكما لو أعطى نفقة
امرأة الغائب اذا استنفقت
في غيبته وله عند انسان
وديعه بقر به المودع
وبقيام النكاح فانه يفرض
لها النفقة وبأخذ منها كفيلاً
ولا يحنيفة ان حق الحاضر
ثابت قطعاً ان لم يكن له وارث
آخر يقيم أو ظاهراً ان
كان له وارث آخر في الواقع
لم يظهر عند الحاكم فانه
ليس بمكلف باظهاره
بل بما ظهر عنده من
الحنة فكان العمل بالظاهر
واجباً عليه والثابت قطعاً
أو ظاهراً لا يؤخر لموهوم
كمن أثبت الشراء من ذي
اليه أو أثبت الدين على
العبد حتى يبيع فيه فانه
يدفع المبيع الى المشتري
والدين الى المدعي من غير
كفيل وان كان حضور
مشتراً آخر قبله وغريم
آخر في حق العبد متوهم
فلا يؤخر حق الحاضر
الحق موهوم الى زمان
التكفيل

(قوله ولان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كماله كقول لاحد الغرماء فان قيل اذا أقربه ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول أجيب بأنه اذا أقربه لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مال الكالا بحالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرثاني فيه خلافا فان ثبت فلا إشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بمخصم ولا للبيت لان الكفالة اتوبت المطالبة كما مروى من البيت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رآه في ذلك تأخير الحق ثابت قطعاً أو ظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة (٥٢١) على النقي باطلة بل خبر يستأنس به على

نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل اما مسألة النفقة فلان التكفيل فيها الحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضاً فصحت الكفالة (وأما الآتي واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية لأحب أن يأخذ منه كفيلاً وقال في رواية أحب أن يأخذ منه كفيلاً قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال

ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآتي واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة أو اقرار العبد بكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

قبله وغيره آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كماله كقول لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الآتي واللقطة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة أو اقرار العبد بكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة و اقرار العبد بالابق لا يقال يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقص لانه ليس بمخصم ولا يقال يأخذ للبيت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث أو غيرهم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملاً بالجهتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم اطلب علم زائده ليم علمه بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النقي بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) انه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جزهم الى هذا القول بوجوب الاصل فكان صيانة المجتهد من الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال لنسوف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو جل على ظاهره لكان متناقضاً لقوله والحق عند الله واحد فيمد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والالكان الحق متعدداً فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أوجب الاجتهاد على

(٦٦ - فتح القدير خامس) العتاني (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه بكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تهمة الماذكر بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمه الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى

(قوله أجيب بأنه اذا أقرب به الخ) أقول فما الجواب في مسألة الآتي واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضي الخ) أقول ويمكن توجيهه نقضاً كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم وارثاً آخر

قال (واذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كقبيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يدي من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيناف بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالوا من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يدي أمين والآخر في يدي لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولا يبي حنيفة أن القضاء وقع لليت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر بمن المقضى بيده كونه مختار له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من هو غير مختار له وإنما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتمى (٥٢٢) به كما اذا كان من بيده مقرافانه انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وبحجوده)

جواب عما ذكرناه ووجهه أن الخيانة بالجحود اما أن تكون باعتبار ماضى أو ماساقي والاول قد ارتفع بقضاء القاضى فكذلك لازمه والثاني ظاهر لعدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضى وان بيده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضى والشهود ونسبهم ما للحادثة واحدة تراخى الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا لأن ذلك نادر والصادر لاحكم له (ولو كانت الدعوى في منقول) والمثلية بحالها (فقد قيل ينزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ

قال (واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يدي أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع لليت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وبحجوده قد ارتفع بقضاء القاضى والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضى ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والآخر

المأهل له فاذا اجتمع فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد بن علي بن عطاء لا يفرق القاضى بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله) واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي الذي هي في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا ان كان الذي هي في يده) قد (جحد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يدي أمين وان لم يكن بجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانتة بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه اما الاعتقاد أنه المالك وان البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الميت مودع عنده فإنه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها (ولا يبي حنيفة أن القضاء) انما يقع (أولا) (لليت مقصودا) لانه بعد ثبوت أنه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار الميت ثابت) مع جحده (فلا تنقض يده كالمقر وبحجوده قد ارتفع بقضاء القاضى) بها لليت (والظاهر عدم حجوده بعد ذلك) لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضى وموت القاضى وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادرا لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده انما يتصرف فيه متأولا كما ذكرنا وخيانة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا) أي ولا جحد أن المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والآخر

فلانه ليس بمحض بنفسه اقبول الانتفال من محل الى محل أو ما أن النزع أبلغ فيه فلا نزع أبلغ في الحفظ والام لانه لما جحد من بيده ما يتصرف في خيانتة أولزعه أنه ملكه واذا نزعها الحاكم ووضعها في يدي أمين كان هو عدلا تظاهرا فكان المال به محفوظا (بخلاف العقار فانه محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصى الام والآخر

قال المصنف (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي لذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اه يعنى ان الظاهر ذلك وأنت خير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد خائن قال المصنف (والنزع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله) أولزعه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا

والعم على الصغير) وانما خصهم بالذكور لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان التركة أبلغ في الحفظ وأجل هذا هو الظاهر لان ما قيل أنه لما جحد من في يده بما يتصرف لحياته أولزعه أنه ملكه ساقط العبرة نظر الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف في العقار فسطا الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لأن من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشاءه بل لقطعها فان قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فافرضنا رافع الشئ كان منشأه هذا خلاف (قوله واذا حضر الغائب) اختلف المشايخ في وجوب إعادة البيعة اذا حضر فنفهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البيعة على أنه قتل أباه عمد ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادة او منهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق للميت مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سيجي (٥٣٣) دينا كان أو عينيا لأن المقضى له وعليه في

الحقيقة انما هو الميت (لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيلين بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم دينا على الميت وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف

والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر حاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما ينصب لقطعها لا لانشاءه واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عينيا لأن المقضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائب عن غيره ولهذا لا يستوفي الانصيبه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت

والعم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما ينصب لقطعها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيلًا أو لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتشور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكاش في غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليه دينا كان أو عينيا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائب عن غيره فلهذا لا يستوفي الانصيب نفسه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت)

الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائب عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملًا لنفسه في نصيبه ونائبًا عن غيره فمما زاد ولا محذور فيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله (وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت) أي بين الميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقرر به ما مر

(قوله فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول يعني لوجوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الحياطة بقضاء القاضي كما صرح به آنفا فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول فيه اشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقة المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ما ليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لانه ان أراد كليا فممنوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جزئيا فممنوع ولا يفيد الاهم الا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليتنامل (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ) أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائبًا عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتنامل ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتنامل

وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصما إلى قوله وعليه يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصماً عن جميع الدين إن كان جميع التركة بيده كره في الجامع والا كان خصماً عما في يده لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي في المساكين صدقة واجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الأموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسواثم وأموال التجارة ببلغ النصاب أولاً لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق به فإن قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وإن لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالأموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس) في الأول أيضاً (أن يقع على كل شيء كما قاله زفر) لأن اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله) إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً به لثلاث

بأنه لا يملكه من أجناس الأموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسواثم وأموال التجارة ببلغ النصاب أولاً لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق به فإن قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وإن لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالأموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس) في الأول أيضاً (أن يقع على كل شيء كما قاله زفر) لأن اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله) إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً به لثلاث

ينزع إلى الشركة

(قوله يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ) أقول فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين فإن الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وإن لم يكن في يد

الا أنه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده كره في الجامع - مع لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) والقياس أن يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال

فإنه يقضى بالكل ولا يأخذ إلا نصيب نفسه وقوله (الا أنه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (إذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده يتصدق بقدره لأنه لا خصومة بدون اليد كره في الجامع الكبير قال في شهادات الموارث ولومات وترك داراً وثلاثة بنين وابن ابن غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخو أي فلان وفلان قبضاً نصيبهما وأودعنا في غابا وقال المدعي كانت داري في يديكم وأعلم أن الغائبين قبضاً لثنيها شائعاً وأودعنا عندك وأنا أقيم البينة أنهاداري تقبل وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه فإن حضر الغائبان وصدق في الارث وجد الحق المدعي فالقضاء ساض وإن كذبا وقاتل لم ترثهما من أين نابل ثلثها لثلاث بالارث يقال للمدعي أعد بينتك عليه ما في ثلثي الدار لأن ذلك على غير خصم لأن إقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العنابي قال مشايخنا هذا إذا لم تكن الدار مقسومة أما إذا قسموها وأودع اثنتان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحقيق هذا بأساً ثم أموالهما فلا يكون الحاضر خصماً فيهما بخلاف ما قبل القسمة لأنه مبقى على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عند الغائبان وهو مقر بأنه ودبعة لهما ميراث من أيهما لم يكن خصماً للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لأن الوارث انما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشي فالخامس أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى إن من ادعى عيناً من التركة وأحضر وارثاً ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وإن لم يكن في يده شيء (قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النقدين والسواثم وأموال التجارة ويمسك قوته فإذا أصاب شيئاً تصديق بقدر ما أمسك وإذا وجب التصديق بأكمله فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصيباً أولاً لأن المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ولهذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فإن قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفي (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس أن يلزمه التصديق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبنى والنخعي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يلبس بة حين قال إن من تو بتي أن أنخلع من مالي صدقة يجزئك الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة)

الحاضر شيء على ما صرحوا ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه وأما مقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليأمل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي إيراد مسئلة النذر في فصل القضاء بالموارث نظراً لعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى والالم يجب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر وما

واجب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى أموال خاصة فكذلك يجب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات أولاته في معنى الصلاة لأنه لا تنظر أوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لأنها خلافة كالورثة) من حيث اتهم بشتان الملاك بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذلك الوصية (قوله ولأن الظاهر) دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لأن الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجها الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فإنها تقع في حال الاستغناء عن الأموال فتصرف الى الكل والأرض العشرية تدخل (٥٣٥) في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لأنها

سبب الصدقة اذ جهة
الصدقة عنده راجحة في
العشر فصارت الأرض
العشرية كأموال التجارة
لأنها من جنس الأموال التي
تجب فيها الصدقة (ولا تدخل
عند محمد) وذكر الامام
الترمذي قول أبي حنيفة
مع محمد رحمه الله (لأنه) أي
الأرض العشرية والتذكير
لتذكير الخبر (سبب المؤنة
اذ جهة المؤنة راجحة عنده)
فصارت مثل عبد الخدمة
(وأما الأرض الخراجية فلا
تدخل بالاجماع لأنه يتمحض
مؤنة) لأن مصرفه المقابلة
وفيهم الاغنياء (ولو قال
ما أملك صدقة في المساكين
فقد قبل بتناول كل مال)
زكوا أو غيره وهو رواية
أبي يوسف عن أبي حنيفة
ذكرها في الامالي لأن ما أملك
أعم من مالي لأن الملاك
يطلق على المال وغيره قال
ملاك النكاح وملك القصاص
وملاك النفقة والمال لا يطلق

أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة أما الوصية تقع في حال الاستغناء فتصرف الى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لأنه يتمحض مؤنة ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قبل بتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال والمقيد بواجب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ المالك فيبقى على العموم

وما أوجب به التصديق ذكره بلفظ العموم وعلق بالاجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس الأموال يصدق بأنه أخذ من أموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن أن جملة على العموم مخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بواجب التصديق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافي به لأن اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو قيد بجميع ما لا ينظر به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بأنه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصد به وأما الوصية فجر بنا فيها على نحو ذلك أيضا قلنا لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لأن في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذا لم يكن له ورثة فلا تنافي فيها انما توجب ذلك في حال استغنائه بالموت فالتقي المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحياة الا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البدعة بنفسه الأمور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم عن تعول فيؤدي الى ضيق نفسه وحرجه وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف به بعد الموت وقول المصنف (ولأن الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الخ) يصلح تقرير الابداء المخصص يعني أن العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى يخصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومها هو بضامن ابداء المخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبية في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا لأن جهة المؤنة غالبية عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمر الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قبل يجب الكل)

على ما ليس بمال واذا كان أعم ينصرف الى غير أموال الزكاة أيضا اظهر الزيادة عمومها فان قيل الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية أجاب (بأن المقيد بواجب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا يختص في لفظ المالك فيبقى على العموم) وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون اجاب العبد معتبرا بواجب الشرع

(قوله وواجب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذلك يجب العبد) أقول اذا أضاف الاجاب الى لفظ المال (قوله وفيه نظر) لأنه حينئذ لا يكون اجاب العبد معتبرا بواجب الشرع) أقول ممنوع فان اجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لا اعتبار بواجب العبد كفاي اجاب الاعتكاف على ما مر آنفاً يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى اجاب على هذا الوجه فليتأمل

(والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أملاك (سواء) فيما نحن فيه فيجوز أن بالمال الزكوة وهو اختيار الامام شمس الأئمة السرخسي (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية إن قوله (على ماهر) إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد من غير إيجاب الله تعالى وليس واضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمفيد إيجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من (٥٣٦) فاضل ماله وقد قررناه من قبل فأرجع إليه (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل

تحت الإيجاب بمسك من ذلك فـ ونه لان حاجته هذه مقدمة) إذ لو لم بمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيل أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه (ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما أمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقتلتها (وقبل المخترف بمسك قوت يومه) لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والخوانيت والبيوت التي يؤجرها الإنسان (شهر) لأن يده تصل إلى ما ينفق شهراً فشهراً (وصاحب الضياع لسنة) لأن يده لا تصل إلى ما ينفق سنة فسنة (وصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) وفي إيراد مسألة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في الموارث نظراً واعتدلاً كرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ) وجه إيراد مسألة الوكالة في فصل

والصحيح أنهم - ما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب بمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بمسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المخترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً لأن الوصاية آتية بعد الموت فتعتبر بالآتية قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافه لاضافتها إلى زمان بطلان الآتية

لان المفيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح أنهم - ما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد إهمالهم إلى التخصيص بذلك المعنى بقيل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الآن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا لله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا اشكال لان عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب إرادة العموم الآن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضاً فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ماهر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (بمسك منه قوته) ويتصدق بما سواء (وإذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقداراً في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المخترف بمسك ليوم) لانه يمكن نسب يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) وهو من له حوانيت أو دور يجيبها بمسك (شهر) لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر فسط فينبغي أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) (قوله ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا يصير وكيله حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً لان الوصاية آتية) أي استنباه والمعروف من اللغة في الآتية أنها هي معنى الرجوع والاقلاع من أناب إلى الله واستدل في النهاية أنهم يعني الاستنباه باستعمال الرخصى لها كذلك في نفسه برسورة الروم والرخشى نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد به بيت لابي تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافه) في التصرف عن الميت كالو رائة فلا تتوقف على العلم كالو كالة (لاضافتها) إلى ما بعد الموت فينصرف كتصرف الوارث ولذا الوكيل باع شيئاً ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استخلاف مضاف (إلى) ما بعد الموت أيضاً وهو (زمان بطلان الآتية

القضاء في الموارث ما ذكرنا آنفاً ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي وبيعه جائز وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبر بالاول والثاني لان وصف الآتية أي النيابة جامع فان الوصاية آتية بعد الموت والوكالة آتية قبله وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافه لا نيابة لانها مضافة إلى زمان بطلان النيابة

الخلاف لا يتوقف على العلم لم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها لا تقام ولاية المستنيب والائابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لدرجة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فان لم يجز الموصى فان قيل اذا قال رجل اشترع عبدى من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بأنه على الرويتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدى ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوت ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغام مسلما دلا أو على اضداد ذلك بعدما كان (٥٣٧) مما جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

أمر أى اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما النهى عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عنده أى حنيفة رجه الله وقال هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالأول والاذن العبدى في التجارة ولا يحنيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلانه يتفق جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط أحد شرطى الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن

فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانها لا تقام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقفت لا يفوت النظر لدرجة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبى حنيفة رجه الله وقال هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجهه فيشترط أحد شرطى هو والعدد أو العلم دالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

فلا يتوقف على العلم كالوراثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه اذا وقفنا على العلم لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يفوت لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبدى اذهب الى فلان يبعك أولا مرأته اذهب الى فلان يطلق أو اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منى فذهب كما أخبره ففعل ذلك محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكروا في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكروا في المأذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدى فاني أذنت له في التجارة فبايعوه جازم انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم قلنا كرمنا اذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جازبه تصرفه) بشرط كونه غير رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعى وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكرناه على يده وهو محل الاجماع والنصر فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقى ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند أبى حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أى مخبران لان لفظ الشهادة ليست بشرط عدل أو لم يعدلا (وجهه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدل المخبر واحدا كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندي وروى عنه انه مذهب أبى حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما إلا أن يعلمها بالفسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى ان القضاء بواحد عدل لا يتخذ بفسقين ينفذ بطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أى من كل وجه فانه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من

فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه أى شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اندر بما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمنا) أقول أى في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصدا) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه إشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل طال في التلويح وهو الاصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكما لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله اندر بما لا يتفق الخ) أقول علة لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني النجاشي كره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة فاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت بالخبر صدق العبد أو كذب وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عندهم اخلافا له وقيد بتلقائه نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختيارا منه (٥٣٨) للفداء وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعل على الاختلاف عنده لا يكون اختيارا

خلافهما وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يحب عليه القضاء وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولي فسكت فإن أخبره اثنان أو عدل كان رضا بخلاف وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (وإذا باع القاضي أو أمينه عبد الغرماء) إذا باع القاضي أو أمينه عبد الميت لأجل أصحاب الديون (وقبض الثمن بضع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقده هو القاضي أو أمينه (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام

وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر البينا قال (وإذا باع القاضي أو أمينه عبد الغرماء) وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

كل وجه ما كان الزاماً على خصم منك بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولم يكن هذا الزام كذلك كان الزاماً فيه قصور ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الزام من وجه ثم يكتفى لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزماً من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالو كالة فانه لم يكن فيه الزام أصلاً بلزم أحد شرطى الشهادة وأجمعوا على أن الخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه بنعزل (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجناية عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل واثنين في النوادر والسادسة قالها مشايخنا على هذه أما الثلاثة فأحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر فاسقا كان أو عدلاً وإن كان فضولاً يشترط أحد شرطى الشهادة فينجبر صدقه العبد أو كذبه وإن كان فاسقا ان صدقه انجبر والافالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعنته أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية فإن أخبره واحد بالجناية فكذلك إن كان فاسقا ان صدقه ثم باع أو أعنت يصير مختاراً للدية وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختاراً للدية وعندهما يصير مختاراً لها وأما اثنان في النوادر فأحدهما ما الحرب إذا أسلم في دار الحرب فأخبره انسان بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلاً أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئاً منها كان عليه قضاءه أجمعاً وإن كان فاسقا فان صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسي الأصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقاً لأن الخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظرد كرهنا في كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهي على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفيعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبد الغرماء) أي لا جملهم ليوفي ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أي الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضي ولا أمينه للمشتري شيئاً (لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعده الناس عن قبول هذه الامانة) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن

(على

والامام لا يضمن كي لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

(قوله والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أي فضوليان وقوله أو واحد أي فضولي (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البردوي قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم آداها إلى من لم يسمعها وفي حديث آخر ألا فيبلغ الشاهد الغائب اهـ والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو آية فليتنامل (قوله وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه) أقول لعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان العاقد صبيًا مجبورًا أو عبداً) (مجبوراً عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا يرجع المشتري على الغرماء (فإن أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن يرجع (٥٢٩) المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة) فإن

أوصى إليه الميت فظاهر وإن أقامه القاضي فكذلك لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المتوب عنه (فصار كما إذا باعه) الميت (بنفسه) في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدینه) أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف (فالواجب أن يرجع بذلك أيضاً لأن هذا الضمان لحقه في أمر الميت) وقبل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له)

فصل آخر جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يحجمها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولاً قال (وإذا قال القاضي

على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد مجبوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم) (وإن أمر القاضي الوصي ببيع الغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال يرجع المشتري على الوصي) لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان باقاً في القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصي على الغرماء) لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدینه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له

فصل آخر (وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة

(على الغرماء) أو الغريم (لأن البيع) والنصرف (واقع لاجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما إذا كان العاقد مجبوراً عليه) عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد مباشرة ما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموجبهما لأن التزام العهدة لا يصح منهما القصور الأهلية في الصبي وحق السيد في العبد والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد وأقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا يرى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالتين عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالتين لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان باقاً في القاضي إياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم) وكذا الوبايع الوصي العبد لنفسه الوارث فإن المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا أن البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضي دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدینه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف (قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لأنه لحقه) ذلك (في أمر الميت) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجد الأئمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكافي الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطرب فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفراده هل يقبل مولى ومغز ولا آخره (قوله وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة) التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسهه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضوره وزاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد أن القاضي يشهد وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه وليس هنالك من يشهد عنده إلا المأمور بإقامة الحد وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي

(٦٧ - فتح القدير خامس) قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضورك وهو رواية ابن سماعة عنه

فصل آخر (قوله ما لم تكن الشهادة بحضورك) أقول أولاً لاقرار بحضورك

لأن قوله يحتمل الغلط والتدراك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاء زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا
الأنهم تركوه فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك انشاءه لأن المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن يتمكن
من الانشاء عما أخبر به لم يتمكن من ذلك بحجة أو بدونها والثاني ممنوع والاول يجرى الى غير ظاهر الرواية من
معانة الحجة ولأن القاضي من أولى الامر وطاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز
الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به (٥٣٠) اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا تنافي الاقسام العقلية كما قال الامام أبو منصور

فان كان عدلا عالما يقبل
قوله لعدم تهمة الخطأ العلم
والحيانة لعدالته وهذا
القسم لا يحتاج الى الاستفسار
بالاتفاق وان كان عدلا
جاهلا يستفسر عن قضائه
لنفاة تهمة الخطأ فان
أحسن تفسير القضاء بأن
فسره على وجه اقتضاه
الشرع من مثل أن يقول
مثلا استفسرت المقر بالزنا
كما هو المعروف فيه وحكمت
عليه بالرجم وثبت عندي
بالحجة أنه أخذ نصا بمن حرز
لا شبهة فيه وأنه قتل عدلا
بلا شبهة وجب تصديقه
وقبول قوله والافلا لانه
ربما يظن بسبب جهله غير
الدليل دليلا أو الشبهة غير
دائرة وان كان جاهلا فاسقا
أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن
يعاين سبب الحكم لتهمة
الخطأ في الجهل والحيانة في
الفسق قال (واذ اعزل
القاضي فقال لرجل الخ) لما
فرغ من بيان ما يخبر به
القاضي من قضائه في زمن
ولا يتنه شرع في بيان ذلك
بعد عزله فاذا أخبر

لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ
هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر
عن أمر يملك انشاءه فيقبل خلوه عن التهمة ولأن طاعة أولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام
أبو منصور رحمه الله أن كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والحيانة وان كان عدلا جاهلا
يستفسر فان أحسن التفسير وجب تصديقه والافلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن
يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والحيانة قال (واذ اعزل القاضي فقال لرجل

عند الجلاء بأنه شهد على فلان وفلان وبؤدى الأمر عنده ولذا اقتصر محمد على معانة حضور الشهادة
من المأمور وهذا (لان الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لان القطع بنفيهم ليس الا للانباء عليهم الصلاة
والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي) لان الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده
(واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي)
لان فيه ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل
١ في التوقف لا اطلاقه (فقال الامام أبو منصور ان كان القاضي عدلا عالما يقبل قوله لا تتفاء التهمة)
في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم (وان كان عدلا جاهلا استفسر فان أحسن) في بيان سبب حكمه
وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة ٢ وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما
أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لا خبره بالاستفسار وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا
بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك انشاءه) في الحال (فيقبل خلوه عن التهمة) لان التهمة انما
تتحقق في اخبار بأمر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة أما اذا كان ذلك مما يقدر على انشاءه
في الحال فيجعل كأنه أنشأه في الحال بمعانة الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو
لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك
مالم تكن الشهادة بحضوره ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم
أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجهها آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة
قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزم لقلد في كل بلدة قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه
في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند المأمور
الا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الأمر فلان وفلان على الوجه
الفلاني ويشهدوا وتوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا
أولا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فاللازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله واذ اعزل
القاضي فقال لرجل الخ) صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه الغابغير حق أو قطع

يده

القاضي المقضى عليه بعد العزل بما قضى وأسند الى حال ولا يته فلا يخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه

(قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعني مطلقا
(قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركاكة

١ كتب بهامش نسخة العلامة البحر اوى قوله في التوقف كذا في النسخ ولعله في القبول لا اطلاقه أي القبول فقوله لا اطلاقه نفي لما في
الحامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر
٢ قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

أو يكذبه في حقيقته وبصدفه في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال رجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لا خير قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلمنا فالقول قول القاضي لانهم ما لم يوافقاه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا او القبول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لأن إيجابها عليه يفرض الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو أقر القاطع أو لا أخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخر خذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الا خذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

(قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الاول (قوله لانه ثبت فعله الخ) (٥٣١) أقول فيه بحث حيث غير

ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعليلا لأي شئ قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لانه لو لم يمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاولى

أن يقال انما الواجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لا تمتنع الناس عن الدخول في القضاء فتعطل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال شمس الأئمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق

أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلمنا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقربين انه فعل ذلك وهو قاض (ووجهه انهما لم يوافقاه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والا أخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد

يده غير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لان هذا في أمريات فلا بد أن يكون القول للقاضي والامتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصوصيات في أنفس وأموال لا تنحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان أعمال ذلك الاحتمال مفيدا انهم كون القول له على الاتفاق مفيدا اذا كان المدعي مقرا بأنه فعل ذلك وهو قاض لانهم ما لم يوافقاه على ذلك صار كأنهم هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لان الظاهر أنه (لا يقضي بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لانه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق) (و) لو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو لا أخذ) للمال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) وهو أن القاطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالاخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لانه أقر أنه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخر خذ معاينا لا أخوذ منه في حال قضائه وبصر القاطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعاين للمعكم الذي رفع اليه المقطوع واقعته (ف) أما (ولو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد)

الابحجة لان الاصل انه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ما عدا الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الابحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بمصادقتهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام على البرزوي والصدور النهميد وتظيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبد قد اعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا لو كبل بالبيع اذا قال بعث وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للموكل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيصير مدعيا وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعى عليه النملك كذا في شرح الزبلي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزبلي وقال الزبلي أوردي في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شئ أخذ منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمان باسناد الفعل الى حالة منافية له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقرب بأخذ

أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) في الصحيح لأن القاضي أسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي

الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلق أو اعتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان عليه وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه وأما في الاولى فقد تصادق أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع والا خذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اه لعدم جريانه في صورة النزاع

أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا) هو الصحيح لأنه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلق أو اعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع أو الا خذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي لأنه) أي القاضي (أضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا) انقضاء على الطلاق والعناق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و (قال) بل (وأنا مجنون وكان جنونه معهودا) فالقول له وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحتريز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أقرضه شمس الأئمة فإنه قال فاما اذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا بينة فالصحيح يخص ما اذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل وليكنه ذكر في تعليقه ما يعم كون القول للقاضي فإنه قال لان الأصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعي سقوطه بخلاف الاول حيث تصادق أنه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكره ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار غير الاسلام والصدور الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعث وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه أخبر عن أمر لا يملك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطع يديك خطأ وأنا عبد و قال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكه وان كانت قائمة فالقول للعبد وبأخذه من المولى لانه أقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى به بدلوغ البنييم انه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى البنييم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جنابة المملوك فحين اعتق جاريته ثم قال لها قطع يديك وأنت أمي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر باسناده الى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قلت أقر هنالك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشي ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لافي جهة التملك كما لو قال أخذت منك الفاهي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الاخر كان القول للاخر وكذا لو قال أكلت طعامك باذنك وقال بغير اذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعناق ما ادعوا التملك لانفسهم لما هو ملك الغير ف كان القول قولهم في اضافتهم الى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع أو الا خذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقيد أو بعد العزل فأقر القاطع والقابض أي فعلت ذلك بأمر القاضي وهو عوي قضائه والمأخوذ منه والمقطوع عويده يقول بل قبله أو بعده

(بضمنان)

في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كما لا يخفى (قوله كاسناد من عهد منه الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تأمل

ضمنا لانهما أقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لاني ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لا يقال الاخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا (٥٣٣) الفعل الى حالة منافية للضمان

فكان الواجب أن لا يضمننا كالقاضى لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضى حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضى وجوب الضمان على القاضى أيضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقيا في يد الاخذ وأقر بما أقربه القاضى اخذ منه المال) سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه (لان الاخذ أقر أن البد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم

(قوله لان اقرار الرجل الى قوله لا يعارض القطعي) أقول الاقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود الآن براد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضى (قوله لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق الخ) أقول هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل والاولى أن يجاب كما في النهاية بمنع قوله الاخذ

بضمنا) لانهما أقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لاني ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد أقر بما أقربه القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه) لانه أقر أن البد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

(بضمنا) ولا يضمن القاضى (لانهما أقر بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الاخذ والقاطع (وقبول قول القاضى) في ذلك (لادفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كى لا يمنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يجوز بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الاخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في صورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضى والقاطع والاخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا فانه قد حكم بنفاذ قوله فأدان ذلك أعنى عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا أما اذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل عليه محمد في الزبادات فقال لان الشئ قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم قالوا معناه أن القاضى لما أقر بالاخذ يصير شاهدا لغيره بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة ولان القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن البد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الا بينة وقول المعزول ليس بينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان

م

ثم الجزء الخامس وبلية الجزء السادس أوله كتاب الشهادات

والقاطع أسند الفعل الى حالة منافية للضمان فان حالة القضاء لا تنافي للضمان في حق غير القاضى لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضى في منصب القضاء قائم وأخذه بأمر القاضى لم يثبت لعدم الحجية اذا الكلام فيه وكذا حال القطع فليتنامل والله أعلم

فهرست الجزء الخامس من فتح القدير

صفحة	صفحة
٢٦٤ فصل ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول الخ	٢ (كتاب الشركة)
٢٧٤ باب الربا	١٤ فصل لا تنعقد الشركة الخ
٣٠١ باب الحقوق	٣١ فصل في الشركة الفاسدة
٣٠٤ باب الاستلحاق	٣٥ فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدي زكاة
٣٠٩ فصل في بيع الفضولي	مال الآخر الا باذنه
٣٢٣ باب السلم	٣٧ (كتاب الوقف)
٣٥٧ مسائل منشورة	٦١ فصل اختص المسجد بأحكام
٣٦٧ (كتاب الصرف)	٦٧ الفصل الاول في المتولى
٣٨٩ (كتاب الكفالة)	٦٩ الفصل الثاني في الموقوف عليه
٤٢٩ فصل في الضمان	٧٣ (كتاب البيوع)
٤٣٦ باب كفالة الرجلين	٩٧ فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد
٤٣٩ باب كفالة العبد وعنه	الخ
٤٤٣ (كتاب الحوالة)	١١٠ باب خيار الشرط
٤٥٢ (كتاب أدب القاضي)	١٣٧ باب خيار الرؤية
٤٧١ فصل في الحبس	١٥١ باب خيار العيب
٤٧٧ باب كتاب القاضي الى القاضي	١٨٤ باب البيع الفاسد
٤٨٥ فصل آخر	٢٣٧ فصل في أحكامه
٤٩٨ باب التحكيم	٢٣٩ فصل فيما يكره
٥٠٢ مسائل منشورة من كتاب القضاء	٢٤٦ باب الافالة
٥١٥ فصل في القضاء بالمواريث	٢٥٢ باب المراجعة والتولية
٥٢٩ فصل آخر	

تمت